Abhandlungen

über

einzelne Materien

des

römischen bürgerlichen Rechts

von

Gottfried Philipp von Bülow,

Herzoglich Braunschweigischem Oberappellationsrathe beim Gesammtoberappellationsgerichte zu Wolfenbüttel.

Non me cuiquam mancipavi, nullius nomen fero
Multum magnorum virorum iudicio, aliquid et meo vindico
Seneca, in epist. 45.

Zweiter Theil. Zweites Heft.

Braunschweig, 1819.

Bei Friedrich Vieweg.

Inhalt.

Seite

XXIII. In wiefern kann ein, über eine Concursmasse bestellter Güterpfleger (curator bonorum) dasjenige erwerben, was nach Eröffnung des Concurses dem Gemeinschuldner angefallen ist? . . . . 209 — 217

§. 1. Allgemeine Grundsätze von dem Umfange der Concursmasse, a, im Falle der Güterabtretung; 219
2. b, bei einem ohne solche ausgebrochenen Concurse. . . 211
3. Rechtsfall. 205

XXIV. Beiträge zur Lehre vom Retentionsrechte . . . . 218 — 227

§. 1. Die Einrede der Retention braucht einer dinglichen Klage nicht bei der Einlassung entgegengesetzt zu werden, sondern entspringt erst, nachdem das Eigenthum des Klägers ausgesprochen ist. 218
2. Die Verurtheilung zur Herausgabe einer streitig gewesenen Sache steht der Retention derselben nicht entgegen. 219
3. Unterschied des Retentionsrechts bei liquiden und illiquiden Ansprüchen. Abwendung der Retention durch Caution. 220
4. Ob Retention einer fruchtbringenden Sache, wegen, auf den Fruchterwerb gemachte, Verwendungen Statt finde. 221
5. Rechtsfall. 223

XXV. Ueber richterliche Bescheinigungen, besonders zum Beweise eines Gewohnheitsrechts. Rechtsfall. 228

XXVI. Ein Zeuge, kein Zeuge. L. 9. §. 1. C. de testibus. (IV. 20.) Anwendung dieses

Seite
Grundsatzes auf den Beweis des Todes eines Abwesenden. . . . . 232 — 240
§. 1. Allgemeine Grundsätze von der Zulässigkeit eines einzelnen Zeugen. 232
2. Anwendung derselben auf den Beweis des Todes eines Abwesenden. 236
3. Rechtsfall. 238
XXVII. Beiträge zur Lehre vom Ehescheidungsprozesse. Geständniß des Scheidungsgrundes. Eid. Zeugniß des andern Concumbenten über den Ehebruch. . . . . 241 — 247
§. 1. Geständniß des auf Scheidung belangten Ehegatten. . 241
2. Eid im Scheidungsprozesse. 242
3. Zeugniß des andern Concumbenten über den Ehebruch. 243
4. Rechtsfall. 244
XXVIII. Muß bei der Abnahme eines Haupteides der Gegentheil vorgeladen werden, oder genügt es von amtswegen für denselben einen Procurator, ad videndum jurare, zu bestellen? 248 — 249
XXIX. In wiefern liegt im väterlichen Nießbrauche des peculii adventitii der Kinder die Verpflichtung zur Abführung der darauf haftenden Schulden, und zur Errichtung von Gebäuden auf dazu gehörigen Landgütern? . . 250 — 256
§. 1. Allgemeine Grundsätze von der Verpflichtung des Nießbrauchers. 250
2. Unterschied des väterlichen Nießbrauches vom andern . 252
3. Besonders wenn jener Nießbrauch Stamm-, Fideicommiß-, Zins- oder Meiergüter betrifft. 253
4. Rechtsfall. 254
XXX. Von der Vindication der auf den Inhaber gestellten Schuldverschreibungen. Rechtsfall. 257
XXXI. Ueber die Vermuthung der rechtmäßigen Abkunft aus der Geburt während der Ehe, und von deren Wirkung in Beziehung auf die, die Rechtmäßigkeit bestreitenden Klagen. L. 6. D. de his qui sui etc. (I, 6.) . . . . 259 — 268
§. 1. Entwickelung der Grundsätze von der erwähnten Vermuthung einer rechtmäßigen Abkunft. L. 6. D. de his qui sui etc. (I, 6.) 259
2. Ob dieselbe von einem Dritten wider das Kind angewendet werden könne? 265
3. Rechtsfall. 267

Seite

XXXII. Unter welchen Umständen findet die Regel Anwendung, daß man eine Privaturkunde wider sich müsse gelten lassen, welche man für sich angeführt hat? Auth. ad haec C. de fide instrumentorum (IV, 21.) . . . . . . 269 — 275
§. 1. Entwickelung der rechtlichen Grundsätze. 269
2. Rechtsfall. 274

XXXIII. Ist L. 12. C. de aedificiis privatis (VIII, 10.), als unglossirt, bei uns unverbindlich? Vereinigung derselben mit L. 13. D. finium regundorum (X, I.) . . . . . 276 — 281
§. 1. Gesetzeskraft der L. 12. C. cit. vermöge L. 13. C. eodem, und Anwendbarkeit derselben auf deutsche Bauart. 276
2. Vereinigung derselben mit L 13. D. finium regund. (X. 1.) 280

XXXIV. Vom Abmeierungsrechte wegen des Gutsherrn eignen Bedürfnisses, nach herzoglich Braunschweigschen Rechten. . . . . . 282 — 293

XXXV. Rechtsgültigkeit der Domainenkäufe während der feindlichen Invasion. Actio Publiciana des vindicirenden landesfürstlichen Cammercollegiums. Versio in rem. Ein Nachtrag zu Nro. 1. . . . . 294 — 298

XXXVI. Sind die, während der feindlichen Occupation reducirten zwei Drittheile der Staatsschuld gegenwärtig zum Besten des zeitigen Inhabers der, für die ursprünglichen Verbriefungen ausgegebenen, Obligationen der Westfälischen Amortisationscasse, oder des alten Eigenthümers der ganzen Forderung, wiederhergestellt? 299 308

XXXVII. Ueber die Verbindlichkeit des Sohns eines Vasallen aus der von demselben in Ansehung eines Familienlehns vorgenommenen Veräußerung. II. Feudorum 45. . . . . 309 — 312

XXXVIII. Kann der Haupteid dem Auctor des Gegentheils zugeschoben werden? Abtretung des Klagrechts vor und während des Rechtsstreits. 313 — 328
§. 1. Allgemeine Grundsätze von der Eideszuschiebung. . . 313
2. Ausnahme bei Cessionen; wiefern der Eid dem Cedenten zugeschoben werden könne? 314

Seite
3. Von der Wirkung einer Abtretung des bereits im Streit befangenen Rechts in Beziehung auf die Eideszuschiebung. 318
4. *L.* 1. 4. C. de litigiosis (VII, 37.) 321
5. Rechtsfall. 322

XXXIX. In wiefern findet die unter Eheleuten bestehende Pflicht, einander den erforderlichen Unterhalt zu gewähren, auch nach deren Scheidung, zumal wegen Ehebruchs, Statt? . . 329
§. 1. Erörterung der rechtlichen Grundsätze. 329
2. Rechtsfall. 332

XXIII.

In wiefern kann ein, über eine Concursmasse bestellter Güterpfleger (Curator bonorum) dasjenige erwerben, was nach Eröffnung des Concurses dem Gemeinschuldner angefallen ist?

---

1. Der Concurs geht entweder aus der Güterabtretung von Seiten des Schuldners (cessio bonorum), oder unabhängig von dessen Willkühr aus der gerichtlichen Einweisung der Gläubiger in die Güter desselben hervor. Beide Fälle sind bei Erörterung der aufgeworfenen Frage zu unterscheiden.

Die Güterabtretung bestimmt den Umfang des, den Gläubigern zu ihrer Befriedigung überlassenen Vermögens. Die Concursmasse ist hier auf dasjenige beschränkt, was dem Schuldner zur Zeit der Güterabtretung gehörte, derselbe mochte es nun bereits erworben haben, oder doch der Rechtsgrund eines künftigen Er-

werbes wenigstens eingetreten seyn [1]). Indem nun die Pflicht des Güterpflegers die Ergänzung der Masse mit zum Gegenstande hat, so kann derselbe, und zwar nur er, nicht aber der Schuldner, dasjenige erwerben, was als ein dem abgetretenen Vermögen schon zugewachsenes Recht zu betrachten ist. Hingegen ein nach der Güterabtretung dem Schuldner erst angefallenes Recht kann nur von diesem erworben werden. Dem Güterpfleger ist ein solcher Vermögenszuwachs fremd, und indem seine Befugniß durch den Gegenstand der Güterabtretung begrenzt sich findet, dessen Verwaltung allein ihm übertragen ist; so kann er nicht einmal jenen Anfall in Ansehung dessen in Anspruch nehmen, was von den Forderungen der Concursgläubiger aus der Masse nicht befriedigt werden kann. Freilich befreit den Schuldner nicht die Güterabtretung, sondern allein die vollständige Bezahlung der Gläubiger, und allerdings können diese nochmals Befriedigung wegen desjenigen einklagen, was aus dem abgetretenen Vermögen nicht hat abgeführt werden können [2]). Es ist jedoch, sowie das Amt des Güterpflegers, so auch die durch die Güterabtretung bewirkte Gemeinschaft der Gläubiger, auf die dadurch gebildete Concursmasse beschränkt; „creditoribus — ven-

---

[1]) L. 8. D. Quib. ex caus. in poss. eat. (XLII. 4.) Dabelow, Concurs d. Gläub. (1ste Ausg.) §. 118. Gönner, Handb. d. Proc. Nr. 82. §. 10.

[2]) L. 1. C. qui bonis cedere possunt (VII, 71.). „Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati."

ditionis remedio, *quatenus substantia patitur*, indemnitati suae consulere permissum est,« sagt daher L. 4. C. qui bonis ced. poss. (VII, 71.). Und wenn nach Vertheilung der Masse einige Gläubiger unbefriedigt geblieben sind; so steht nur diesen, jedem für seine Person, seine Klage wegen des Restes zu [3]); wo denn allerdings aus dem Zusammentreffen mehrerer Gläubiger ein neuer Concurs entstehen kann. Dieses ist um so gewisser, als sowol die von der ersten Masse etwa gerichtlich ausgeschlossenen, wie auch die nachmals gegen den Schuldner entstandenen Forderungen, in Beziehung auf das später erworbene Vermögen desselben, mit den ältern unbefriedigten Concursgläubigern gleichmäßig concurriren [4]); der Güterpfleger aber einzig zum Besten der Letzten sein Amt zu verwalten hat, allein Jenen etwas zu entziehen nicht befugt ist.

2. Bei einem, ohne Güterabtretung eingetretenen Concurse scheinen andere Grundsätze angewendet werden zu müssen. Hier ist die Masse nicht sofort bei der Eröffnung des Concurses abgeschlossen, und sowie der Schuldner für seine Person seinen Gläubigern nach altrömischem Rechte zugesprochen ward, um selbst zum Befriedigungsmittel ihnen zu dienen [5]), das neuere Recht hingegen

---

[3]) L. 7. C. qui bonis cedere possunt (VII, 71.) „— hoc iterum usque ad modum debiti posse a creditoribus legitimo modo avelli.“

[4]) Gönner, Concurs d. Gläub. (Nro. 82. §. 31. 6.)

[5]) *Heineccius*, Syntagma Antiq. Rom. L. III. Tit. 30. §. 2. seq. Hugo, Rechtsgesch. §. 144.

denselben gefänglich einzuziehen gestattet [6]); so könnte man auch annehmen, daß die Persönlichkeit des Gemeinschuldners nur zum Vortheile seiner Gläubiger fortbestehe, das ihm später anfallende Vermögen nur der Masse zuwachsen müsse, mithin allein vom Güterpfleger erworben werden könne. Hierzu kommt, daß die Gesetze, wo sie von dem Rechte der Gläubiger an den künftigen Erwerb des Schuldners handeln, bloß in Beziehung auf die Rechtswohlthat der Güterabtretung verfügen [7]); daß also von diesem Falle, wo freilich das Beneficium competentiae, da es nur als Einrede geltend gemacht werden kann, einen durch Klagen von den Gläubigern anzusprechenden Erwerb auf Seiten des Schuldners voraussetzt, auf den andern Fall nicht gefolgert werden kann, wo kein beneficium competentiae gilt.

Allein auch hier bei dieser Art des Concurses fehlt es nicht an einer festen Begrenzung der Masse. Die gefängliche Einziehung des Gemeinschuldners wird nur als ein Zwangsmittel betrachtet, um denselben zu vermögen, zur Befriedigung seiner Gläubiger Alles aufzubieten; oder sie enthält eine Privatstrafe zur Genugthuung der Letzten [8]). Nie aber wird dadurch die Per-

---

[6]) L. 1. C. qui bon. ced. poss. (VII, 71.)

[7]) L. 4. pr. L. 6. 7. D. de cessione bonorum (XLII, 3.), L. 7. C. eod. (VII. 71.)

[8]) Von einem Erwerbe durch des Schuldners erzwungene Arbeiten ist im neuern röm. Rechte keine Rede. „Ob aes alie-

sönlichkeit des Schuldners aufgelöset, oder die davon abhängenden Rechte auf die Gläubiger übertragen.

Die gerichtliche Einweisung in des Schuldners Vermögen bestimmt zugleich den Umfang der Masse nach dem zeitigen Betrage des überwiesenen Vermögens; der Zweck der anzuordnenden Curatel ist auf die Ergänzung desselben nach seinem dermaligen Bestande, und auf dessen Versilberung gerichtet [9]), und dieser Verkauf, welcher gewöhnlich so geschah, daß Ein Käufer die ganze Masse annahm und den Gläubigern gewisse Procente ihrer Forderungen als Kaufgeld bezahlte [10]), gewährte einen natürlichen Abschluß, sowie der Masse, so auch der Befugnisse des Güterpflegers. So lange dieser Verkauf des schuldnerischen Vermögens nicht geschehen war, der Güterpfleger also sich noch in Wirksamkeit befand, mag ein Vermögenszuwachs der Masse zukommen und von deren Curator herbeigezogen werden. Mit dem Verkaufe aber schließt dessen Amtsbefugniß, das der Gemeinschaft der Gläubiger zur Befriedigung zuständige Vermögen ist abgeschlossen, und den spätern Anfall erwirbt allein der Schuldner selbst, freilich mit Vor-

---

num servire liberos creditoribus, jura compelli non patiuntur," verordnen Diocletian und Maximian in L. 12. C. de Obl. et Act. (IV, 10.)

9) L. 5. D. de curatore furioso, etc. (XXVII, 10.) „Nam, ut honestius creditoribus solveretur, curator constituitur distrahendorum bonorum gratia."

10) Hugo, Rechtsgesch. §. 218. Dabelow, Conc. d. Gläub. (2te Ausg.) §. 103.

behalt der Rechte der unbefriedigt gebliebenen Gläubiger, welche die früher vergebens gesuchte Zahlung von neuem verfolgen können.

Ein Fragment Papinians, L. 40. D. de operis libertorum (XXXVIII, 1.), ergiebt dieses deutlich. »Si bona patroni venierunt, heißt es daselbst, operarum, quae *post venditionem* praeterierint, actio patrono dabitur; et, si alere se possit, *ante venditionem* praeteritarum non dabitur; quoniam ex ante gesto agit.« [11]) Die Ausnahme, si alere se possit, bezieht sich auf die besondere Natur der Dienstleistungen der Freigelassenen, und so finden wir hier den Verkauf der Masse als den Endpunkt bezeichnet, bis wohin das Amt des Güterpflegers wirksam ist, und von welchem Zeitabschnitte an dem Schuldner wiederum ein Erwerb gestattet wird. Die Stelle eines solchen Verkaufs der Masse vertrat bald die Vereinzelung derselben (Sectio bonorum), welche noch jetzt Statt findet, und hiernach bestimmt sich daher der Zeitraum, binnen wessen ein, dem Schuldner angefallenes Recht im vorausgesetzten Falle zur Masse gezogen, und vom Güterpfleger erworben werden kann. Das canonische Recht stimmt diesem bei, indem es dem Schuldner eine Caution bestellen läßt, im Falle einer künftigen Verbesserung seiner Umstände, seine Gläubiger ferner befriedigen zu

[11]) Vergleiche noch L. 4. D. de curatore bonis dando (XLII, 7.): „bonis per curatorem distractis, nullam actionem ex ante gesto fraudatori competit.“

wollen [12]). Wenn also die Rechtslehrer annehmen, daß beim Concurse ohne Güterabtretung dasjenige zur Masse gehört, was während des Concurses dem Schuldner anfällt [13]); so kann dieses nicht auf die Dauer der Verwaltung des Güterpflegers unbedingt erstreckt werden. Die Versilberung der Masse bildet vielmehr den Abschnitt, und wenn ein Streit unter den Gläubigern über die Erstigkeit die Vertheilung der aus solchem Verkaufe gelöseten Gelder verzögert, so kann ein solches zufälliges Ereigniß keinen Einfluß auf das Erwerbsrecht des Schuldners haben, so wenig wie dergleichen Wirkung einer fortdauernden Verwaltung eines, vom Schuldner auf die Gläubiger übergegangenen Nutzungsrechts beizumessen steht.

3. In folgender Rechtssache fanden diese Grundsätze ihre Anwendung. Im Jahre 1801 ward über das Vermögen eines Kaufmanns zu K. Concurs erkannt, und dieser, welcher sich nach Amerika begeben hatte und in einem, im Jahre 1813 errichteten, Testamente zum Erben seines Bruders eingesetzt war, cedirte im Jahre 1815 ein zum Nachlasse des Erblassers gehöriges Capital einem gewissen M. Ueber die Gültigkeit dieser Cession kam es zum Rechtsstreite zwischen dem Cessionar und dem Güterpfleger im Concurse des Cedenten K. Der Curator nemlich bestritt die Cession, weil die ge-

---

12) Cap. 3. X. de solationibus (III, 23.).

13) Gönner, Handb. d. Prozesses, Nro. 82. §. 10. Dabelow, Conc. d. Gläub. S. 537. flg.

dachte Erbschaft hier, wo keine Güterabtretung eingetreten sey, zur Concursmasse gehöre, die Disposition darüber also nicht dem Gemeinschuldner, sondern nur dem Güterpfleger zustehen könne.

Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht sprach jedoch im Mai 1818 zum Besten des Cessionars, indem es nachstehenden Entscheidungsgründen des, vom Herzoglich Braunschweigischen Landesgerichte abgegebenen Erkenntnisses beipflichtete.

»Da, wenn gleich das Dispositionsrecht eines Schuldners über sein Vermögen, bei dem Eintritt eines Concurses, auf seine Gläubiger übergeht, solches jedoch der Natur der Sache nach sich bloß auf dasjenige Vermögen, was dem Schuldner zu jener Zeit wirklich zustand, er also seinen Gläubigern zur Befriedigung nur überlassen konnte, bezieht; mithin auf das, nach der gedachten Zeit erst neuerworbene Vermögen desselben, worauf ohnehin die Vorladung der Gläubiger und die Präclusion derer, die sich mit ihren Forderungen nicht gemeldet haben, sich nicht erstreckt, nicht ausgedehnt werden kann; solchemnach der künftige Erwerb des Gemeinschuldners, wenn nicht der Rechtsgrund dazu schon bei dem Eintritte des Concurses vorhanden war, zur Concursmasse nicht gezogen werden kann, auch kein rechtlicher Grund vorhanden ist, in dieser Hinsicht zwischen einem, durch Güterabtretung oder auf andere Weise entstandenen Concurse einen Unterschied zu machen; hieraus aber von selbst folgt: daß, so lange das mit dem Erwerbe des neuen Vermögens verbundene Dispositionsrecht des Schuldners nicht aus einem neuen

Grunde, insbesondere in Folge der von dessen Gläubigern gemachten Ansprüche, ihm genommen worden, er darüber gültig disponiren konnte; wie denn auch die, in dem frühern Concurse präcludirten und die neuen Gläubiger desselben von dem neuerworbenen Vermögen, insofern sie daran ihre Befriedigung suchen, nicht ausgeschlossen sind; Appellat (der Curator bonorum) aber, was den gegenwärtigen Fall betrifft, nicht behauptet, daß das erst im Jahre 1813, also lange nach dem Ausbruche des Concurses, der schon im Jahre 1801 Statt gefunden hat, dem Gemeinschuldner durch Erbschaft zugefallene Capital vor der geschehenen Cession desselben an den Appellanten von dem, in dem gedachten Concurse etwan unbefriedigt gebliebenen Gläubigern in Anspruch, oder auf deren Antrag in Beschlag und ad depositum judiciale genommen sey, also in dieser Hinsicht der Rechtsbeständigkeit der gedachten Cession nichts entgegen steht.«

XXIV.

Beiträge zur Lehre vom Retentionsrechte.

Das Retentionsrecht, welches bekanntlich nur die Fortsetzung des physischen Besitzes einer Sache zum Gegenstande hat, und, das qualificirte Retentionsrecht des Pfandgläubigers ausgenommen, Sicherheit wegen eines Anspruchs bezweckt, der sich auf solche Sache bezieht, setzt seinem Wesen nach voraus, daß dieselbe eine fremde und zwar dem Schuldner wenigstens in dem Augenblicke zuständig sey, wo es geltend gemacht wird.

1. Obwol nun dieses Recht durch die Einrede des doli mali angesprochen wird, und überhaupt nur eine Einrede, nicht aber eine Klage gewährt [1]); so betrifft diese Einrede, eben weil sie das Recht eines Andern voraussetzt und allein den factischen Besitz zum Gegen=

---

[1]) L. 1. pr. D. Quib. mod. pignus (XX, 6.). Nicht einmal eine Rückforderung dessen findet Statt, was man hätte retiniren können. L. 51. D. de condict. in deb. (XII, 6).

stande hat, nie den etwa über das Recht an der Sache geführten Rechtsstreit, bezieht sich vielmehr einzig auf die Execution desselben, und entspringt eigentlich erst in dem Augenblicke, wo rechtlich festgestellt ist, daß die zurückzuhaltende Sache dem Gegner gehöre.

Wird also über das Eigenthum einer Sache gestritten, so braucht die Einrede der Retention vom Beklagten, selbst nicht einmal eventuell auf den Fall des Unterliegens, mit der Einlassung verbunden zu werden. Die bekannte Vorschrift der Prozeßgesetze über den Verlust der nicht mit der ersten Verhandlung vorgetragenen Einreden findet nemlich keine Anwendung auf jene, dem Streitgegenstande fremde Einrede; diese erwächst vielmehr erst aus der Entscheidung des Rechtsstreits, und kann nicht der rei vindicatio, sondern actio judicati entgegengesetzt werden [2]).

2. Die Entscheidung eines über das Eigenthum einer Sache geführten Rechtsstreites, wodurch dieselbe dem Kläger zugesprochen und der Beklagte zu ihrer Herausgabe verurtheilt wird, steht aus gleicher Ursache dem Retentionsrechte nicht entgegen, welches der letzte auszuüben haben möchte. Dieses Recht widerspricht nem-

---

[2]) So lassen die Rechte, im Falle der Verpfändung einer fremden Sache, welche nachmals dem Schuldner zu Theil wird, obwol die Pfandklage nicht begründet ist, das Retentionsrecht zum Besten des Gläubigers von dem Augenblicke an zu, wo der Schuldner das Eigenthum der ungültig verpfändeten Sache erworben hat. L. 1. pr. D. de pignorib. et hypoth. (XX, 1.) S. auch Hufeland, Lehrb. d. Civilrechts §. 1385.

lich dem einer solchen Entscheidung entsprechenden Uebergange des Eigenthums und der Herausgabe der streitig gewesenen Sache so wenig, daß dessen Ausübung vielmehr die Anerkennung nicht nur des Eigenthums, sondern selbst des Civilbesitzes auf Seiten des Klägers enthält; weil nur eine Sache des Schuldners zurückbehalten werden kann, der retinirende Gläubiger auch auf den physischen Besitz, eine Namens eines Andern ausgeübte Inhabung, sich beschränkt. Indem also der Beklagte die wirkliche Herausgabe des bisherigen Streitgegenstandes, durch Ausübung eines Retentionsrechts, abzuwenden sucht, erklärt er: den Kläger als Eigenthümer und Civilbesitzer anzuerkennen, und überweiset demselben die Sache gleichsam longa manu; so daß eben in dem Gebrauche der Einrede der Retention die Vollstreckung des über das Eigenthum ergangenen Erkenntnisses liegt. Der die Zurückbehaltung anwendende Beklagte übernimmt daher zugleich die Verpflichtung zur Verwaltung und Rechnungsablegung gegen den Kläger [3]).

3. Die so vielfach bestrittene Frage, über die Retention wegen illiquider Ansprüche, scheint von geringer practischer Erheblichkeit, nachdem man darin übereinstimmt, daß einer illiquiden Forderung wegen das Retentionsrecht nur einer Cautionsleistung weichen müsse [4]).

---

[3]) *Lauterbach*, Diss. de retentione, §. 31. *Mevius*, Decis. I. Nro. 172. *G. L. Böhmer*, Elect. Jur. Civ. II. exerc. 13. §. 18.

[4]) *Stryck*, Diss. de possessione per cautionem non aufe-

Denn diese Sicherheit ist wenigstens die Wirkung des Retentionsrechts, und wird nur durch dessen Ausübung erlangt; daher tritt dasselbe eigentlich wegen Forderungen jeder Art ein, obwol es bei illiquiden Ansprüchen anders, als bei liquiden erledigt werden kann.

Daß übrigens die Caution gültig in die Stelle der Retention tritt, folgt aus dem Zwecke derselben. Es soll nemlich die letzte ein Pfandrecht ersetzen (quasi pignoris loco est [5]), und sie wird daher durch ein anderes gleich wirksames Sicherheitsmittel gültig vertreten; so daß also nur dahin zu sehen seyn kann, daß die Caution eine vollständige, oder doch der Zurückbehaltung gänzlich entsprechende Sicherstellung gewähre. Die fragilitas cautionis, welche das römische Recht warnend heraushebt [6]), fällt bei uns hinweg, wo der Bürge auf Erfordern eine Hypothek zu bestellen gehalten ist, und selbst die Römer gestatteten, durch Cautionsbestellung die Retention abzuwenden. [7])

4. Das qualificirte Retentionsrecht des Pfandgläu-

---

renda. Idem, Usus mod. Pand. XVI, 2, 16. *Leyser*, Medit. 175. m. 4. *Pufendorf*, Obs. Jur. II, 130.

[5]) L. 13. §. 8. D. de actionib. emti (XIX, 1.). L. 31. §. 8. D. de aedilitio edicto (XXI, 1.). *Kind*, Quaest. for. IV, 21. *G. L. Böhmer*, El. Jur. Civ. II, 13. §. 1.

[6]) L. 66. §. 1. D. ad Sctum Trebell. (XXXVI, 1.)

[7]) L. 9. §. 3. D. de damno infecto (XXXIX, 2.). L. 8. D. de incendio, ruina etc. (XLVII, 9.)

digers ausgenommen [8]), findet die Zurückbehaltung nur wegen solcher Forderungen statt, die mit der Sache in Verbindung stehen, ein debitum connexum bilden [9]). Da nun die Verwendungen, welche bloß in Beziehung auf den Fruchterwerb geschehen sind, von dem Aufwande für die Substanz der Sache sich unterscheiden; so können nur dieser, und von jenen diejenigen, welche auf die von der Sache noch nicht abgesonderten Früchte (fr. pendentes) gemacht worden sind, ein Retentionsrecht an der fruchtbringenden Sache begründen. Der in Beziehung auf bereits bezogene Früchte gemachte Aufwand gehört nicht hieher, und kann nur bei der Berechnung solcher, dem Eigenthümer zu erstattenden Früchte in Absatz gebracht werden. Denn nur die noch nicht abgesonderten Früchte sind als Theile der Sache selbst zu betrachten, wogegen die schon eingesammelten für sich betrachtet werden müssen. Sollte mithin der Aufwand für die bereits bezogenen Früchte so bedeutend seyn, daß er durch Aufrechnung gegen dieselben nicht getilgt wird; so findet eine Retention der Sache wegen dieses mehrern Aufwandes an sich nicht Statt. Nur der beförderte Nutzen der Sache, derselben Verbesserung kommt dabei in Betracht. Papinian sagt daher in L. 48. D. de rei vindicatione (VI., 1.): »Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bonae fidei pos-

---

[8]) L. an. C. etiam ob chirograph. pecun. (VIII, 27.)

[9]) Thibaut, Syst. §. 311. Hufeland, Lehrb. §. 1386. *G. L. Böhmer*, El. Jur. civ. II. 13. §. 9 — 13.

sessore facti, — exceptione doli opposita, per officium judicis aequitatis ratione servantur. Scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant; etenim admissa compensatione superfluum sumtum *meliore praedio facto* dominus restituere cogitur.« Der Entscheidungsgrund ist hier in den Worten »meliore praedio facto« enthalten, und dieser, welcher die Bedingung, den Grund des Anspruchs auf Erstattung nützlicher Verwendungen ausdrückt, behält seine Anwendbarkeit, die Früchte mögen vor, oder nach der Einlassung (litis contestatis) bezogen seyn, obwol die Verpflichtung zum Fruchtersatz von diesem Umstande abhängt. Es bedarf also in Beziehung auf das Retentionsrecht einer Erörterung der critischen Zweifel über die richtige Leseart jenes Textes nicht, womit Sande sich beschäftigt[10]).

5. Die hier entwickelten Grundsätze haben in folgendem Rechtsfalle ihre Anwendung gefunden.

Der bisherige Inhaber einer Hufe Landes war in einem, über das Eigenthum derselben geführten Prozesse rechtskräftig verurtheilt, dem Kläger solche Ländereí, mit Erstattung der seit erhobener Klage davon gezogenen Früchte, herauszugeben. Der Beklagte berechnete hierauf diese Früchte und zugleich eine solche Summe von Ausgaben, Verwendungen und Verbesserungen, daß deren Betrag den Belauf jener Früchte

---

10) Decis. frisic. III, 15, 2. Vergleiche noch L. 1 — 5. D. de impensis in rem dot. (XXV, 1.)

um 1581 Thlr. überschritt. Wegen dieses Ueberschusses machte er das Retentionsrecht geltend; welchem Kläger entgegensetzte: erstlich, daß dieser Einrede im Hauptprozesse nicht gedacht, dieselbe mithin verspätet sey; sodann, daß rechtskräftig auf die unbedingte Herausgabe des streitigen Ackers erkannt, überdem auch endlich jene Forderung illiquide wäre.

Sowol in erster, als zweiter Instanz ward das Retentionsrecht für unstatthaft erklärt, »weil das rechtskräftige Erkenntniß vom 15ten Juli 1812 dem Beklagten aufgebe, die fragliche Hufe Landes dem Kläger herauszugeben und die, seit Anstellung der Klage erhobenen, Früchte zu erstatten; dem Appellanten aber keinesweges die Ausübung eines Retentionsrechts an dieser Länderei zuerkenne ꝛc.;« und ferner: »weil die Vollstreckung des in Rechtskraft getretenen Erkenntnisses durch die erst nachher vorgebrachte, also verspätete Einrede des Retentionsrechtes nicht aufgehalten werden könne.«

Diese Entscheidung ward jedoch vom gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichte im Mai 1818 aufgehoben, und das Retentionsrecht, wiewol mit Ausnahme der angeblich auf den Erwerb der Früchte gemachten Verwendungen, zugelassen, zugleich aber dem Kläger gestattet, durch Bestellung einer genügenden Caution in Beziehung auf die in Ansehung des herauszugebenden Grundstücks berechneten Ausgaben, die Wirkung der Retention abzuwenden.

Die, diesem Ausspruche untergelegten Entscheidungsgründe, im Ganzen übereinstimmend mit der vorstehen-

den Ausführung, waren besonders in Ansehung des unter den aufgestellten Gegenforderungen gemachten Unterschiedes, und wegen der Illiquidität derselben, folgende:

»— Es kommt also nur noch in Frage:

»a) ob die Gegenforderungen des Appellanten an und für sich das jus retentionis begründen können?«

»b) in welchem Maaße dabei ihre Illiquidität entgegen steht?«

»ad a. Nach dem römischen Civilrechte ist zwar die Retention nur auf gewisse in den Gesetzen bestimmte Fälle beschränkt, allein das prätorische Recht erweiterte diese Grenzen durch die exceptio doli mali, und hieraus entwickelt sich die Lehre, daß sich auch connexe Forderungen anschließen, wenn sie ex eadem causa originiren.«

»Unter diesen Gesichtspunkt sind aber die in der Specification — aufgeführten Forderungen gestellt, die bis zur rechtlichen Entscheidung ihres Rechtsgrundes und ihrer Liquidität den Charakter connexer Forderungen annehmen, indem sie in einer Relation zu dem Objekte stehen.«

»Dagegen sind die Forderungen des Appellanten, welche die Specification — nachweiset, dazu nicht geeignet; indem dabei überall nur die accessorische Verpflichtung des Appellanten, von den erhobenen Nutzungen Rechnung abzulegen, zum Grunde liegt.«

»Hierüber ist schon rechtskräftig entschieden, und diese Verurtheilung steht nur mit dem Klaggrunde selbst, nicht aber mit dem Objecte und dessen Abtretung in einer Connexität.«

»Die deßfalsigen Anforderungen beider Theile werden erst durch ein fernerweit abzugebendes Erkenntniß festgestellt, und können also vor jetzt bei der Beurtheilung der Retention nicht rechtlich erwogen und dazu für qualificirt gehalten werden, indem sie 1) einen besondern Theil des — abgegebenen Erkenntnisses ausmachen, auch dermalen eine Separatklage bilden; und 2) diese fructus bereits von dem Appellanten percipirt sind; fructus pendentes aber nur pro parte fundi gehalten werden, und sich hierauf ihre Connexität mit dem fundo gründet; L. 44. D. de rei vind. wogegen die percipirten außer aller Verbindung damit gesetzt sind.«

»Das Jus retentionis würde aber nur an den Früchten wegen nützlicher Verwendung Statt finden können, und da der Appellant diese an sich genommen hat, so ist die Wirkung der Retention damit schon eingetreten.«

»Insofern man aber auch 3) berechtigt seyn könnte, mit dem Appellanten dabei vorauszusetzen, daß die Bestellungskosten, und was damit in Verbindung steht, nicht nur den Ertrag der Länderei absorbiren, sondern selbst die Production einen so bedeutenden Kostenaufwand nach sich gezogen habe, welcher über den Ertrag hinausgehe, und daß der Appellant dieserhalb vom Kläger Befriedigung und Ersatz fordern könne; so würde daher nur eine persönliche Klage gegen den Appellaten entnommen, diese aber nicht zum voraus nach der Lage der Acten eine cautionem judicatum solvi, mit der Modification des Retentionsrechts, an einem andern Objecte zur Folge haben können.«

»ad b. Auch die Illiquidität der Forderung, welche an und für sich dazu qualificirt erachtet worden, daß sie dem Retentionsrecht zur Grundlage dienen können, steht dabei nicht entgegen, indem die Gesetze das jus retentionis indefinite, und ohne unter liquiden und illiquiden Forderungen zu unterscheiden, gestatten.«

»Dabei ist aber das arbitrium judicis nicht ausgeschlossen, und verdient die Meinung der Rechtslehrer den Vorzug, wonach, den eintretenden Umständen nach, dem Kläger zu verstatten ist, die Wirkung der Retention gegen genügende Caution zu heben.«

XXV.

Ueber richterliche Bescheinigungen, besonders zum Beweise eines Gewohnheitsrechts.

Das Zeugniß eines Richters ist, in seiner Wirkung und seinen Erfordernissen, von einer gewöhnlichen Kundschaft nur insofern unterschieden, als es Thatsachen zum Gegenstande hat, welche mit der Ausübung des Richteramts in Beziehung stehen. Was der Richter außerhalb des Wirkungskreises seines Amts wahrgenommen hat, kann er nur als gewöhnlicher Zeuge bekunden. Sein Zeugniß ist in solchem Falle mithin ganz nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Wenn er hingegen über Ereignisse und Wahrnehmungen sich äußert, welche aus der gerichtlichen Registratur hervorgehen, oder bei Verhandlung eines Rechtsstreites, oder einer Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit Statt gefunden haben; so wird solche Angabe, als ein amtliches Zeugniß, nach besondern Grundsätzen gewürdigt.

Hier gelten, wenigstens analogisch, die Vorschriften

der Novella 73. cap. 7. §. 1.[1]) und der L. 14. D. de dote praelegata (XXXIII, 4.). In jener wird dem Zeugnisse des einzigen Tabellio, über die Errichtung einer von ihm aufgenommenen Urkunde, volle Beweiskraft beigelegt. Diese nimmt eine schriftliche Erklärung für genügend an [2]), wo nicht sowol ein eigentliches Zeugniß, als vielmehr eine, nach früher begründeten Verpflichtungen abzugebende Kundschaft vorliegt. Im Uebrigen, und besonders in Ansehung des Materials solcher Zeugnisse, finden die allgemeinen Regeln ihre Anwendung, und es gilt auch hier, daß nur Angaben über Thatsachen, nicht aber Folgerungen und Urtheile den Gegenstand des Zeugnisses ausmachen dürfen, sowie, daß der Grund der Kundschaft angeführt werden muß, nicht eine bloße Erklärung gelten könne, es sey etwas eingetreten oder nicht [3]).

Bescheinigt der Richter also eine Thatsache, so muß er zugleich die Umstände anführen, unter welchen er sie wahrgenommen hat, damit der Grund seiner Erfahrung ersehen werden, und man beurtheilen könne, ob ein bloßes Gerücht, ein Hörensagen, eine Meinung, oder eine wirkliche Wahrnehmung bekundet sey [4]).

---

1) S. auch L. 21. in fine. C. ad L. Cornel. de falsis (IX, 22.).

2) Wenn sonst nur mündliche Zeugnisse zu beachten sind. L. 3. §. 3. D. de testib. (XXII, 5.)

3) L. 4. C. de testibus (IV, 20.).

4) Vergl. *Leyser*, Med. ad P. Sp. 71. m. 7. et Sp. 263. m. 3. *Hommel*, Rhaps. Quaest. obs. 211, voce: Judex.

Werden diese Grundsätze auf die Bescheinigung eines Gewohnheitsrechts angewendet, so ist es klar, daß ein allgemein gefaßtes richterliches Attest dessen Daseyn nicht beweisen kann. Eine rechtliche Gewohnheit geht nemlich nur aus mehrern, geraume Zeit hindurch, in ununterbrochener Folge gleichförmig vorgenommenen Handlungen hervor, und überdem müßten diese Handlungen von einer den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Beschaffenheit gewesen seyn. Nur derjenige Richter, vor welchem der Beweis zu führen ist, hat zu beurtheilen, ob die Erfordernisse eines Gewohnheitsrechts vorhanden sind; die richterliche Bescheinigung, wodurch der Beweis geführt werden soll, muß daher alle die Umstände enthalten, woraus eine solche Ueberzeugung hervorgehen kann, darf aber keine Erklärung aufstellen, die als Folgerung aus nicht vorgelegten Thatsachen anzusehen ist, und ein unzuständiges Urtheil ausmacht. Selbst wenn die Bescheinigung von demjenigen Richter ausgeht, vor welchem der Beweis geführt werden soll, findet dasselbe Statt; denn der Grund jeder Entscheidung muß aus den Akten erhellen, und Privaterfahrung des Urtheilenden darf dabei überall nicht wirksam werden, weil dem Richter der folgenden Instanzen dieselben Erkenntnißquellen offen stehen müssen, wie dem vorigen. Die mehrsten Rechtslehrer nehmen dieserhalb an, daß eine richterliche Bescheinigung über das Daseyn eines Gewohnheitsrechts nur insofern den Beweis desselben enthalte, als sie die einzelnen Handlungen, wodurch dasselbe eingeführt seyn soll, aufzählt und, mit Be-

zeichnung der darüber vorhandenen Akten, die Umstände darlegt, unter welchen sie Statt gefunden haben [5]).

Für diese Meinung hat sich das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht gleichfalls entschieden, indem es im Februar 1818 die Appellation verwarf, welche gegen ein Erkenntniß des Herzoglichen Landesgerichts zu Wolfenbüttel ergriffen war, und hiermit dessen Ausspruch bestättigte: daß die, dem ersten Urtheile eingerückte Erklärung des Unterrichters, das Daseyn einer Gewohnheit nicht beweisen könne; weil darin nur auf einen einzigen Fall und die Meinung des Volks Bezug genommen, überdem ein Beweisverfahren nicht einmal veranlaßt sey, und also dem Gegentheile die Gelegenheit abgeschnitten werden würde, gegenbeweislich die Sache aufzuklären.

---

[5]) *Hommel*, Rhaps. Quaest. Obs. 346. *Pufendorf*, Obs. II, 138. Runde, deutsch. R. §. 56. und die Litteratur bei Glück, Comment. §. 87. nota 54 — 56.

XXVI.

Ein Zeuge, kein Zeuge. L. 9. §. 1. C. de testibus (IV, 20.). Anwendung dieses Grundsatzes auf den Beweis des Todes eines Abwesenden.

1. Das römische Recht geht von dem Grundsatze aus, daß ein voller Beweis nicht durch die Kundschaft eines einzigen Zeugen allein geführt werden könne, und untersagt daher den Gerichten, ein solches einzelnes Zeugniß zuzulassen. »Sanximus, verordnet Kaiser Constantin in L. 9. §. 1. C. de testibus (IV, 20.), ut unius testimonium nemo judicum in quacunque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat.« Die Abhörung eines einzigen Zeugen wird hier nicht unbedingt verboten, ein einzelner Zeuge als solcher nicht durchaus für unzulässig erklärt; sondern jener Grundsatz: daß Ein Zeuge keinen Beweis erfülle,

in Anwendung gebracht, und in solcher Hinsicht die Aufnahme einer einzeln stehenden und eben deßhalb unwirksamen Kundschaft untersagt. Es ist hierin also nur bestimmt ausgesprochen, was längst angenommen war, und in mehrern, aus frühern Zeiten sich herschreibenden Fragmenten angedeutet sich findet. Besonders enthält L. 20. D. de quaestionibus (XLVIII, 18.) ein Beispiel, wo die Aussage eines einzelnen Zeugen zwar zugelassen, aber für ungenügend erklärt ist, weil ein anderes, damit in Verbindung gebrachtes Beweismittel hinweggefallen war, jenes Zeugniß also allein stand [1]).

Erfordert das römische Recht hiernach zum Beweise durch Zeugen die Kundschaft mehrerer Personen, so überläßt es die Bestimmung der zur Erfüllung des Beweises nöthigen Anzahl dem Ermessen des Richters, und weiset diesen nur an, nicht mehr Personen zum Zeugniß aufzufordern, als den Umständen nach zur Aufklärung der Sache erforderlich scheinen [2]). Daß zwei Zeugen hinreichen sollen, findet sich bloß in Beziehung auf eine Verordnung erklärt, welche die mehrere Zahl, ohne nähere Bestimmung vorschreiben würde, und ist

---

1) „— pronunciavit: quaestione illicite habita, unius testimonio non esse credendum, ideoque recte provocatum.“

2) L. 1. §. 2. D. de testibus (XXII, 5.). „— licentia ad sufficientem numerum testium coartatur, ut judices moderentur, et eum solum numerum testium, quem necessarium esse putaverint, evocari patiantur.“

eigentlich nur eine Regel der Auslegung [3]), den Grundsätzen von der Beweiskraft der Zeugenaussagen völlig fremd.

Weit entfernt, den Zeugenbeweis nach mathematischen Regeln beurtheilen zu lassen, und den vollständigen Beweis von der Kundschaft zweier classischen Zeugen abhängig zu machen, überläßt das römische Recht die Würdigung auch des Zeugenbeweises gänzlich dem Ermessen des Richters, nach dem Grundsatze, daß der Beweis demselben geführt wird, seine Ueberzeugung also der Zweck dieser Handlung des Prozesses ist. Zwar darf also der Richter seinen Ausspruch nicht auf die Aussage eines einzigen Zeugen allein gründen; jedoch bleibt demselben überlassen, nach den Umständen bald mehr, bald weniger Kundschaften zu seiner Ueberzeugung zu erfordern, und das Gewicht der Zeugen unter und gegen einander zu bestimmen. »Verum tamen, sagt Papinian in L. 13. D. de testibus (XXII, 5.), quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium, ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii fidem, quod integrae frontis homo dixerit, perpendere;« und Arcadius in L. 21. §. 3. eod. »Si vero ex his (testibus) quidam aliud dixerint, licet impari numero, credendum est, quod naturae negotii convenit, et quod ini-

---

[3]) L. 12. D. de testibus (XXII, 5.). „Ubi numerus testium non adjicitur. etiam duo sufficiant, pluralis enim elocutio duorum numero contenta est.“ L. 217. §. 1. D. de verbor. signific. (L, 16.)

micitiae aut gratiae suspicione caret; confirmabitque judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis, et quae rei aptiora, et veri proximiora esse compererit. Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit.«

Wird der Beweis dem Richter geführt, und ist ferner ein künstlicher Beweis, in bürgerlichen Streitsachen wenigstens, eben so wirksam als ein directer; so muß nicht nur die Beweisführung aus beiden Arten, der directen und indirecten nemlich, zusammengesetzt werden können, sondern auch dem Richter überlassen bleiben, seine Ueberzeugung aus einer Verbindung der Beweismittel hervorgehen zu lassen. In diesem Falle findet also die Regel keine Anwendung, daß ein einziger Zeuge so gut, wie gar keiner sey, und keinen Beweis bewirke; vielmehr kommt eine einzelne Kundschaft hier allerdings in Betracht, vorausgesetzt, daß und insofern ihr andere Beweisgründe zur Seite stehen. Callistratus führt in L. 3, §. 2. D. de testibus (XXII, 5.) ein Rescript Kaisers Hadrian an, welches dieses außer Zweifel setzt. »Ejusdem principis extat rescriptum ad Valerium Verum de excutienda fide testium in haec verba: Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest; sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas, et auctoritas, alias consentiens vel-

uti fama confirmat rei, de qua quaeritur. fidem. Hoc ergo solum rescribere tibi possum summatim, *non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere*, sed ex sententia animi tui aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.«

Das canonische Recht folgt hierin gänzlich der Bestimmung der römischen Gesetzgebung. Es verordnet, daß ein vollständiger Beweis aus der Kundschaft eines einzigen Zeugen nicht hervorgehen könne, und erfordert dazu wenigstens zwei Zeugen [4]). Uebrigens erklärt es die Zusammenstellung eines directen und indirecten Beweises ausdrücklich für zulässig, und gestattet eine Thatsache aus einer ungenügenden Kundschaft für erwiesen anzunehmen, sobald andere Argumente hinzutreten. »Respondemus, heißt es im Cap. 27. X. de testibus (II, 20.), quod si testimonium conveniens de visu reddatur, vel etiam de auditu, et praesumtionem violentam fama consentiens subministret, ac alia legitima adminicula suffragentur, standum est testimonio etc.«

2. Bei dem Beweise des Todes eines Abwesenden treten die hier entwickelten Grundsätze ein. Die Gesetze erfordern, um eine Erbschaft antreten zu können, daß der Tod des Erblassers vollständig erwiesen werde, ohne über diesen Beweis besondere Regeln aufzustellen, und um die Rechte eines Abwesenden, als

---

4) Cap. 23 et 28. X. de testibus et attestationibus (II, 20.).

desselben Erbe, geltend zu machen, wird ebenfalls keine besondere Art der Nachweisung des Todes vorgeschrieben [5]. Aus der Natur der Sache geht ebenfalls kein Grund hervor, die Beweisführung hier über die allgemeinen Vorschriften hinaus zu erschweren. Denn obwol der auftretende Erbe eines Abwesenden gewöhnlich einen Vortheil beabsichtigt und in solcher Hinsicht keine Begünstigung verdient, so findet sich doch auch keine Ursache, ihn mit einem schwierigern Beweise zu beladen, in einem Falle, wo es gewöhnlich und zwar ohne sein Verschulden an Beweismitteln gebricht. Ueberdem fällt dem Abwesenden in der Regel einige Schuld zur Last, wenn er keine Nachricht von sich giebt, oder zur Besorgung seiner Angelegenheiten keine Vorkehrung getroffen hat. Auch erwächst den Verwandten aus einer solchen Abwesenheit ein oft sehr fühlbarer Nachtheil, indem das Verhältniß zu den Abwesenden bei Erbtheilungen nicht nur, sondern überhaupt bei Verfügungen über ihr Vermögen ein Hinderniß erzeugt, was sie bei dem Beweise des Todes ihres abwesenden Verwandten nicht als solche, die einen Gewinn suchen, sondern als Personen darstellt, die einen Schaden abzuwenden bemühet sind.

Mit Recht haben die Practiker also augenommen, daß der Tod eines Abwesenden auch durch das Zeugniß eines Einzigen bewiesen werden könne, sobald solcher Kundschaft andere Argumente hinzutreten. Nur ver-

---

[5] L. 19. 32. D. de acquir. v. omitt. heredit. (XXIX, 2.) L. 4. C. de postlim. revers. (VIII, 5.)

steht es sich, daß dieses einzig in Fällen anzunehmen ist, wo dringende Gründe für den Tod vorhanden sind [6]).

3. Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht hat diese Grundsätze im April 1818 in Anwendung gebracht.

Ein junger Mann von Bildung und Vermögen hatte, als westfälischer Conscribirter, den Feldzug nach Rußland mitmachen müssen, und bis hieher nichts von sich hören lassen. Seine Geschwister traten bei Theilung des elterlichen Vermögens den Beweis des Todes jenes ihres abwesenden Bruders durch einen Zeugen an, welcher bekundete, denselben auf dem Rückmarsche von Moskau ohnweit Smolenzk erstlich völlig erschöpft, bald darauf aber todt, und zwar im Schnee und völlig entkleidet gesehen, und so liegen lassen zu haben. Dieses Zeugniß, welches von dem vorigen Richter ungenügend erklärt war, ward bei den hinzutretenden Umständen für beweisend erkannt. Folgendes sind die Entscheidungsgründe:

»Obwol durch die Vorschriften des canonischen Rechts, vorzüglich durch Cap. 23. X. de testibus et attestationibus, der Grundsatz sanctionirt worden:

Licet quaedam sint causae quae plures quam duo exigant testes, nulla est tamen causa, quae

---

[6]) *Leyser*, Spec. 95. med. 16. seq. *Lauterbach*, Coll. L. V. Tit. 3. §. 23. *Hommel*, Rhaps. obs. 656. §. 8. und 695. §. 13.

unius testimonio, quamvis legitimo terminetur;«

so ist doch, auch nach dieser Legislation, der Grundsatz des römischen Rechts, welches selbst in L. 12. D. de testibus und L. 9. §. 1. C. eod. tit. mit solcher absoluten Bestimmtheit die Zahl mehrerer Zeugen nicht erforderte, sondern es, nach dem Rescripte des Imperators Hadrian, welches in L. 3. §. 2. eod. aufbewahrt ist, dem Richter überließ, mehr die Aussage der Zeugen, in Verbindung mit den Umständen, als deren Anzahl zu berücksichtigen, schon der Natur der Sache nach nicht abgeändert worden.«

»Im vorliegenden Falle tritt aber eine Masse von Umständen zusammen, welche der Aussage des abgehörten Einen Zeugen ein solches Gewicht beileget, daß es der Aussage Zweier völlig gleich erscheint.«

»Die Umstände, unter denen sich der Abwesende befand, waren von der gefährlichsten Beschaffenheit. Schon diese Umstände, in Verbindung damit, daß nunmehr bereits mehrere Jahre verstrichen, ohne daß von seinem Leben etwas vernommen worden, bewirken einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit, daß er jenen Umständen unterlegen. Ein völlig classischer Zeuge bekundet nun noch, daß er den Abwesenden todt zurückgelassen, und wiederum unter solchen Umständen, daß wenn auch ein Scheintod nicht außer der Sphäre der Möglichkeit liegt, dennoch nicht anzunehmen steht, daß in solcher Lage, als die, worin sich der Abwesende befand (Frost, Entblößung und Entbehrung aller Hülfe), er vom Scheintode wiederum zum Leben hergestellt worden.«

»Zieht man nun ferner die an Unmöglichkeit grenzende Schwierigkeit besserer Beweismittel des Todes in Betracht, so muß dieses um so mehr bestimmen, die Appellanten mit der Auflage eines fernern und bessern Beweises zu verschonen, da dieser, geführt, der Ueberzeugung des Richters nichts hinzuzufügen vermöchte.«

»Wenn nun diese Theorie überdem von einer langjährigen Praxis adoptirt ist; so ist auch kein Zweifel über geblieben, um solche bei Abfassung dieses Urtheils nicht anzuwenden.«

XXVII.

Beiträge zur Lehre vom Ehescheidungsprozesse. Geständniß des Scheidungsgrundes. Eid. Zeugniß des andern Concumbenten über den Ehebruch.

---

1. Das Geständniß des Beklagten über den Grund der Scheidungsklage kann die Wirkung nicht haben, welche demselben im bürgerlichen Rechtsstreite beigelegt wird, wo es Ueberführung aufwiegt und Verurtheilung zur Folge hat. Denn sonst würde die Trennung der Ehen indirecter Weise der Willkühr der Ehegatten überlassen bleiben, und den Collusionen derselben und unstatthaften Vergleichen Gelegenheit gegeben werden. Treten aber andere Beweismittel hinzu, welche zwar nicht an sich, wol aber in Verbindung mit solchem Geständnisse einen vollständigen Beweis gewähren; so fällt die Besorgniß einer Collusion unter den Parteien hinweg, und es bleibt kein Grund, dem Geständnisse jede Beweiskraft abzusprechen. Das canonische Recht betrachtet

die Sache aus diesem Gesichtspunkte, und nimmt an, daß das Geständniß zwar zum Beweise unzulänglich sey, denselben auch nicht in Verbindung mit bloßen Gerüchten erfüllen könne; erklärt es aber keineswegs für ein unzulässiges Beweismittel, und gestattet dem Richter es allerdings zu beachten, sobald erhebliche Argumente hinzutreten. Cap. 5. X. de eo, qui cognovit cons. (IV, 13.) » — respondemus, quod propter eorum confessionem *tantum*, vel rumorem viciniae separari non debet; cum quandoque nonnulli inter se contra matrimonium velint colludere, — rumor autem viciniae non adeo est judicandus validus; quod, nisi rationabiles et fide dignae probationes *accedant*, possit bene contractum matrimonium irritari.«

2. Dieselbe Besorgniß vor Collusionen unter den Eheleuten, und eine irrige Gleichstellung der Eideszuschiebung mit dem Transacte hat zwar nach der ältern Praxis jeden Eid ausgeschlossen, welcher die Trennung der Ehe herbeizuführen bestimmt ist; allein in neuern Zeiten ist man hiervon abgegangen, und die Eideszuschiebung sowol, als der Ergänzungseid auch im Scheidungsprocesse für zulässig erachtet worden. Die Gründe dieser Theorie sind so gründlich und vollständig in G. J. F. Meister's pract. Bemerk. II, Nro. 1. und in den daselbst beigebrachten Erkenntnissen der Juristenfacultäten zu Wittenberg, Leipzig und Göttingen ausgeführt worden, daß hier nichts hinzugefügt werden kann, also bloß auf das unten folgende Präjudiz des hiesigen höchsten Gerichts zu verweisen ist.

3. Der Grundsatz, daß Niemand zum Zeugniß über sein eignes Vergehen aufgefordert werden dürfe, dem Zeugen, welcher sich selbst einer solchen Handlung schuldig bekennt, kein Glauben beizumessen sey, ist nur mit Einschränkungen richtig. Die Gesetze schließen nemlich nicht um jeder ahndungswürdigen oder Tadel verdienenden Handlung, sondern allein eines wirklichen Verbrechens wegen, und zwar nur den bereits deßhalb Verurtheilten, oder doch in Anklagestand Gesetzten, und den Ehrlosen vom Zeugnisse aus [1]). Mögen hiernach, einer passenden Analogie gemäß, auch solche Kundschaften unzulässig erachtet werden müssen, welche auf ein wirkliches Verbrechen des Zeugen, oder eine solche Handlung desselben gerichtet sind, die ihn als ehrlos darstellen würde; so kann doch ein außerehelicher Beischlaf nicht dahin gerechnet werden [2]), und die Verbindung einer ledigen Frauensperson mit einem Ehemanne wird, nach den Grundsätzen des römischen Rechts, nur als ein solcher, nicht aber als ein Ehebruch betrachtet [3]). Auf diese Grundsätze kommt es aber bei der Frage: ob das Zeugniß einer solchen Person beim Beweise des Ehebruchs zulässig sey? um so mehr an, als das gemeine

---

[1]) L. 3. §. 5. L. 13. 14. 15 et 20. D. de testibus (XXII, 5.).

[2]) Nur quaestus corporis entehrt nemlich, und öffentliche Prostitution. L. 41. pr. L. 43. §. 2 — 4. D. de ritu nuptiar. (XXIII, 2.). R. P. O. v. 1577. Tit. 10.

[3]) L. 6. §. 1. L. 34. §. 1. D. ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5.) L. 18. C. eod. (IX, 9.)

peinliche Recht, ohne den Begriff des Ehebruchs zu verändern, selbst wegen der Strafe auf das römische Recht verweiset [4]).

Wenn also eine solche Zeugin nicht als unzulässig zurück zu weisen ist, so kann sie doch nicht gezwungen werden, ein Zeugniß abzulegen, da Niemand wider sich selbst zu zeugen anzuhalten steht [5]). Es muß derselben also vor ihrer Abhörung der Gegenstand der Vernehmung eröffnet, und ihr zeitig Gelegenheit gegeben werden, die Kundschaft zu verweigern.

4. Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht brachte diese Grundsätze im April 1818 in Anwendung.

Eine Ehefrau klagte auf Scheidung wegen Ehebruchs, und obwol der Mann dessen geständig war, so ward wegen Unzulänglichkeit dieses Geständnisses der Klägerin ein Beweis des Klaggrundes auferlegt. Diesen trat sie an, indem sie die Person zum Zeugen vorschlug, mit welcher der Ehebruch begangen seyn sollte, und eintretenden Falls dem Beklagten den Haupteid zuschob. Der vorige Richter verwarf beide Beweismittel, das oberste Gericht hingegen ließ dieselben zu, und stützte sein Erkenntniß auf folgende Entscheidungsgründe.

«Das Erkenntniß — hat des Beklagten Geständniß des, der Klage zum Grunde gelegten Ehebruchs

---

[4]) P. G. O. Art. 120. Kleinschrod, Abhandl. II, S. 298.

[5]) *Hommel*, Rhaps. Obs. 211. voce. Turpitudinem propriam confessunt. *Pufendorf*, Obs. Jur. II, 18 et 19.

nur für unzulänglich, nicht aber für unzulässig erklärt. Dasselbe bleibt also in Verbindung mit andern Beweismitteln allerdings zu beachten, und eben deßhalb müßen die von Klägerin beigebrachten Beweismittel nur in solcher Beziehung, nicht aber nach ihrer absoluten Beweiskraft gegenwärtig erwogen werden.«

»Von diesen Beweismitteln kann, ad gravamen 1, das Zeugniß derjenigen Person, womit der Ehebruch begangen seyn soll, nicht aus dem Grunde ausgeschlossen werden, weil selbst derselben Uebereinstimmung mit dem Geständnisse des Beklagten den Beweis des Ehebruchs, um darauf die Ehescheidung gründen zu können, nach deutlicher Verordnung des canonischen Rechts (Cap. 5. X. de eo, qui cogn. cons., IV, 13.), nicht erfüllen würde. Denn auch einer solchen Angabe ist, nach eben dieser Gesetzstelle, wenigstens einige Beweiskraft beizumessen, welche in Verbindung mit andern Beweisen wirksam seyn kann.«

»Da nun bis jetzt eine Anzeige eines begangenen Ehebruchs gegen die vorgeschlagene Zeugin nicht vorhanden ist, vielmehr derselben Zulässigkeit nur nach den, in den Acten vorgetragenen Umständen, zu beurtheilen steht; hiernach aber, daß die eheliche Verbindung des Beklagten der Zeugin zur Zeit des Beischlafs unbekannt gewesen sey, zumal derselbe damals an einem, von dem Aufenthalte der Klägerin weit entfernten Orte wohnhaft sich befunden hat, angenommen werden muß; so kann jene Verbindung, in Hinsicht auf die Zeugin, gegenwärtig allein als ein stuprum betrachtet werden. Um so weniger ist also hierin ein Grund zu finden, die

Zeugin als der Kundschaft unfähig zurückzuweisen; da die Bestimmungen des römischen Rechts nicht nur ein nach damaliger Verfassung öffentlich zu bestrafendes Verbrechen, sondern auch, daß wenigstens die Untersuchung bereits eröffnet sey, voraussetzen, und den Grundsatz, es könne Niemand über ein eigenes Vergehen Kundschaft ablegen, nur auf solche Handlungen beziehen, welche den Zeugen als ehrlos darstellen würden (L. 3. §. 5. L. 20. D. de testibus).«

»Es versteht sich übrigens, einmal, daß die Zeugin nicht wider ihren Willen zur Abgebung einer Kundschaft in diesem Falle gezwungen werden kann, und vielmehr vor ihrer Vereidung und Abhörung über den Gegenstand des von ihr gewärtigten Zeugnisses zu bedeuten seyn wird; sodann, daß derselben Aussage in Hinsicht auf ihre Glaubwürdigkeit demnächst nach den Umständen zu würdigen ist.«

»Ad gravamen 2. — Dahingegen ist die Meinung, als finde gegen das Band der Ehe, und um derselben Trennung zu bewirken, weder eine Eideszuschiebung, noch ein nothwendiger, vom Richter aufzulegender Eid Statt, in dem Recht nicht gegründet. Denn das römische Recht stellt die Zulässigkeit des Eides, als Beweismittel in jeder Parteisache, für Regel auf, ohne bei den Ehescheidungen davon Ausnahme zu machen; und in der besondern Natur dieser Processe liegt ein Grund zu einer solchen Ausnahme nicht, indem die Besorgniß des Meineides überhaupt dem Gebrauche des Eides in Rechtssachen entgegen steht, also zuviel darthun würde; die Furcht vor Collusionen aber nur das Geständniß ei-

nes Scheidungsgrundes verdächtig machen, allein wegen der bestehenden Vermuthung für eines Jeden Gewissenhaftigkeit, den Eid nicht ausschließen kann. Das canonische Recht schließt gleichfalls die Zulassung des Eides im Scheidungsprocesse so wenig aus, daß es vielmehr ein Beispiel einer auf dem Grunde eines feierlich bekräftigten Geständnisses getrennten Ehe aufstellt. Cap. 5. X. de divortiis. Der gewöhnlichen Behauptung aber, daß der Eid als eine Art des Vergleichs hier nicht Statt finden könne, liegt der irrige Schluß unter, daß eine zwischen dem Transacte und dem Vertrage über einen abzuleistenden Haupteid bestehende Aehnlichkeit, und mehr drücken die Gesetze nicht aus (L. 21. D. de dolo malo und L. 2. D. jure jurando), den Eid in jeder Hinsicht einem Tranascte gleichzustellen nöthige.«

»— Uebrigens bleibt dem judicio a quo, über die Zulässigkeit der Annahme des zugeschobenen Haupteides, wegen des früher vom Beklagten abgegebenen Geständnisses, nach Maaßgabe der darauf künftig eingehenden Erklärung, zu erkennen vorbehalten.«

XXVIII.

Muß bei der Abnahme eines Haupteides der Gegentheil vorgeladen werden, oder genügt es, von amtswegen für denselben einen Procurator ad videndum jurare zu bestellen?

In einem Rechtsstreite zwischen dem Herzoglichen Cammercollegium zu Braunschweig und der Gemeine Wobeck war von jenem ein zugeschobener Haupteid abzuleisten, und da das Kreisgericht Helmstedt, woselbst die Sache anhängig sich fand, das Stadtgericht Braunschweig zur Abnahme des Eides requirirt hatte, und vor solchem der Eid, nachdem für die nicht dazu vorgeladene Gemeine Wobeck ein Procurator ad videndum jurare bestellt worden, wirklich geschworen war; so bestritt letzte die Gültigkeit dieser Handlung, weil sie dazu nicht vorgeladen gewesen sey.

Das Fürstl. Landesgericht erkannte auch die Eidesleistung für nichtig, und gab dem klagenden Cammer-

collegium die Auflage, einen neuen Termin zu diesem Zwecke unter Zuziehung der Beklagten auszuwirken. Die Gründe dieser Entscheidung, welchen das Oberappellationsgericht in dem rejectorischen Bescheide vom 1ten Mai 1818 beitrat, sind folgende:

»Wie nun, in Betreff der Hauptsache, der allgemein geltende Grund, daß Proceßverhandlungen nicht hinter dem Rücken der Gegenpartei vorzunehmen sind, besonders bei Präjudicialacten, wohin die Eidesleistungen gehören, seine Anwendung findet; auch die gesetzliche Vorschrift im L. 2. §. 1. C. de juramento propter calumniam (II, 59.) [1] ausdrücklich hierauf zurückgeht, und selbst auf den Zweck gesehen, es nicht bloß auf die Ueberzeugung ankommt, daß der Eid abgeleistet worden, sondern der Gegenpartei des Schwörenden auch das Recht zusteht, annoch vor der Eidesleistung über den Gegenstand des Eides Erläuterungen und Bemerkungen zu machen, die auf die Entschließung des Schwörenden Einfluß haben können; welches unthunlich war, da der abgestattete Eid ohne Vorwissen und Zuziehung der Appellanten abgenommen wurde; wie denn auch lediglich die Verletzung ihrer Zuständigkeiten den Antrag begründet, daß der Schwörungsact für sie unverbindlich sey, und auf den Grund desselben kein Erkenntniß erfolgen konnte: so wird rc.«

---

[1]) „Sin autem vel dignitas, vel sexus personae non concesserit, eam ad judicem pervenire, in domo litigatoris sacramentum procedere, altera videlicet parte, vel procuratore ejus praesente.“

XXIX.

Inwiefern liegt in dem våterlichen Nießbrauche des peculii adventitii der Kinder die Verpflichtung zur Abführung der darauf haftenden Schulden, und zur Errichtung von Gebäuden auf dazu gehörigen Landgütern?

1. Das römische Recht stellt, in Ansehung der Schulden bei einem eintretenden Nießbrauche, den Grundsatz auf, daß dieselben von dem Vermögen abgesetzt werden müssen, wenn dieses ganz mit dem Nießbrauche behaftet ist (usus fr. omnium bonorum); hingegen, im Falle dieser nur einzelne Sachen betrifft, überall dabei nicht in Betracht kommen [1]). Denn hier liegt dem Ei=

[1]) L. ult. D. de usu, et usufructu legato (XXXIII, 2.) „Si bonorum ususfructus legabitur, etiam aes alienum ex bonis deducetur, et quod in actionibus erit computabitur. At si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur.“

genthümer die Schuld allein ob; gleich wie eine, mit einer Hypothek beschwerte Sache, wenn sie einem Dritten vermacht worden ist, von derselben durch den Erben befreiet, und so den Legator übergeben werden muß. [2])

In Beziehung auf die Gebäude wird darin verordnet, daß die Erhaltung derselben dem Nießbraucher obliege, dieser aber zur Errichtung neuer Gebäude, selbst an die Stelle früher vorhanden gewesener, nicht verpflichtet sey [3]), und also für eine solche Auslage, sofern sie nützlich erscheint, bei Beendigung des Nießbrauches Ersatz verlangen könne [4]).

---

[2]) §. 5. J. de legatis (II, 20.) „Si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres eam luere.‘

[3]) L. 7. §. 2. D. de usufr. (VII, 1.) „Quoniam omnis rei fructus ad eum (usufructuarium) pertinet, reficere quoque aedes eum per arbitrum cogi Celsus scribit. Hactenus tamen ut sarta tecta habeat. — Si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur; modica igitur refectio ad eum pertinet.“

[4]) L. 7. C. de usufr. (III, 33.) „Proinde si quid ultra quam impendi debeat, erogatum potes docere, solemniter reposces.“ — L. 1 — 5. D. de impensis in rem dot. (XXV, 1.) „— si in praesentis (temporis v. anni utilitatem), cum fructibus hoc compensandum, si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum.“ Hier ist noch die Bestimmung der L. 50. D. de usufructu (VII, 1.) und L. 32. §. 5. D. de usu et usufr. leg. (XXXIII, 2.) zu bemerken, nach welcher der Nießbraucher die Kosten den Ertrag fördernder neuer Gebäude wenigstens nach Verhältniß seiner Nutznießung zu tragen hat.

2. Beim gesetzlichen Nießbrauche des Vaters am peculio adventitio seiner Kinder treten andere Verhältnisse ein. Es können daher jene Verordnungen nur mit vorsichtiger Erwägung der vorhandenen Verschiedenheit hierauf angewendet werden. Wenn dort der Gegenstand des Nießbrauches immer nur in einzelnen Sachen, oder in einer universitas rerum bestehet, so begreift hier das Recht des Vaters die universitas juris, welche das peculium adventitium des Kindes ausmacht, und dabei erscheint der Vater als gesetzlicher Verwalter und Vertreter seines Kindes. Der Umfang seiner Rechte und Obliegenheiten ist also, insofern die Gesetze nicht gewisse Beschränkungen aussprechen, völlig denen eines Eigenthümers gleich. Kaiser Constantin belegt daher in dem, den väterlichen Nießbrauch der Adventitien bestimmenden Gesetze [5]), das Recht des Vaters mit dem Namen potestas atque dominium, und macht ihm zur Pflicht: omnem tuendae rei diligentiam adhibere, et quod jure filiis debetur in examen poscere, et sumtus ex fructibus impigre facere, et litem inferentibus resistere, atque ita omnia agere, tanquam solidum perfectumque dominium, et personam gerant legitimam [6]).

Es hat hiernach also der Vater alle vorfallenden

---

[5]) L. 1. C. Theod. de maternis bonis (VIII, 18.). L. 1. C. de bon. matern (VI, 60.)

[6]) Vergl. noch C. L. 2. C. Theod. l. c. „ut dominium tantum possessionis usurpert. etc.“ und *J. Godofredus* in Comment. ad h. l.

Ausgaben, wozu vorhandene Schulden und eintretende Baulichkeiten gehören, nicht nur zu bezahlen, sondern dabei zugleich die Pflichten eines guten Hauswirths zu beobachten, also die Substanz allein im Nothfall anzugreifen, und zuvor die Aufkünfte zu verwenden. Und dieses findet sich auch ausdrücklich vorgeschrieben, wenn man L. 8. §. 4 et 5. C. de bonis quae liberis (VI, 61.) im Zusammenhange und nach dem darin ausgedrückten Geiste erwägt, und mit den allgemeinen Grundsätzen in Verbindung bringt. Wird daselbst nemlich nur in Beziehung auf Vermächtnisse verordnet, soweit die Einkünfte zureichen, allein aus diesen solche zu berichtigen, die Substanz aber nur im Nothfalle anzugreifen: so spricht sich doch der Wille des Gesetzgebers in der oft wiederholten Verordnung aus, einem guten Hausvater gleich zu verfahren, und die Veräußerung der Substanz zur Abtragung der Schulden findet sich unter solchen Bestimmungen erlaubt, welche ersehen lassen, daß sie nur äußersten Falls und soweit es nicht abzuwenden stehen würde, zulässig seyn soll.

3. Besteht das, dem väterlichen Nießbrauche unterworfene Sondergut in einer ländlichen Besitzung, welcher die Eigenschaft eines Stamm-, Fideicommiß-, Lehn-, Zins-, oder Meierguts beiwohnt; so liegt hierin ein besondrer Grund, den Vater zu verpflichten, die Schulden und Baukosten aus den Aufkünften allmählig zu bestreiten. Nicht nur führt die Unveräußerlichkeit solcher Güter auf diese Verbindlichkeit, sondern es liegt auch in dem Vertrage oder der, einen Nexus dieser Art begründenden Verfügung, die Bedingung für jeden Be-

sitzer, durch wirthschaftliche Verwendung des Ertrages das Gut nach Möglichkeit von Belästigungen frei zu halten, welche eine Anticipation der Einkünfte ausmachen, und, der Bestimmung des Guts zuwider, dem Besitzer für die Zukunft das ihm zugedachte Einkommen schmälern, oder gänzlich entziehen würden, den Lehn-, Zins- oder Meierherrn aber in Ansehung seiner vorbehaltenen oder bedungenen Befugnisse in Gefahr setzen könnten.

Nur insofern die Aufkünfte nicht zugereicht haben, neben dem angemessenen Unterhalte des Besitzers, oder des seine Stelle vertretenden nießbrauchenden Vaters, den für die Gebäude und den Abtrag der Schulden gemachten Aufwand zu bestreiten, kann der Vater, oder dessen Erben, bei Beendigung des Nießbrauches einen Ersatz der mehrern Auslagen vom Eigenthümer verlangen. Bei einer solchen Berechnung kommt auch nicht die Bilanz jedes einzelnen Jahrs in Erwägung, vielmehr bestimmt sich die Verbindlichkeit des Vaters durch seine Eigenschaft eines Verwalters und Stellvertreters seines Kindes. Was diesem als Eigenthümer obgelegen, muß auch jener beobachten, und also durch fortgesetzte Ersparniß Ausgaben bestreiten, welche das Maaß der laufenden Einnahme übersteigen.

4. Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht ist von diesen Grundsätzen in einem Rechtsstreite ausgegangen, wo bei der Theilung der väterlichen Erbschaft die Kinder zweiter Ehe gegen ihren Halbbruder erster Ehe die Collation von Schulden und Baukosten verlangten, welche der Erblasser während seines Nießbrauches

an dem, dem Letztern vom mütterlichen Großvater angefallenen Bauerngute für solches bezahlt hatte. In voriger Instanz war auf diese Collation erkannt, obwol es nicht bestritten war, daß der Erblasser jene Ausgaben von dem überschießenden Ertrage des Bauernguts habe bestreiten können: weil das römische Recht den Nießbraucher zur Bezahlung von Schulden und Aufführung neuer Gebäude nicht verpflichte. Allein das Oberappellationsgericht änderte dieses durch ein Urtheil vom 18ten Septbr. 1818 ab, und sprach die Erben des Sohns erster Ehe von der verlangten Collation frei. Die diesen Punkt betreffenden Entscheidungsgründe sind folgende:

»Die Grundsätze des Bauernrechts schließen hier die Anwendung des römischen Rechts über den Umfang des Nießbrauchs aus. Unverträglich mit dem Geiste der vaterländischen Gesetzgebung, welche der Erhaltung der Bauerngüter, und einer darauf sich beziehenden Begünstigung ihrer Besitzer so manche gemeinrechtliche Befugnisse, z. B. der Miterben und des Meierherrn, aufopfert, würde es seyn, wenn ein Vater seines Kindes Gut, kraft väterlichen Nießbrauches, lange Jahre benutzen könnte, ohne dessen Ertrag, der Bestimmung desselben gemäß, zu Bezahlung der darauf haftenden Schulden und Vorrichtung der, zu seiner Erlangung erforderlichen Gebäude zu verwenden, und so den Nießbrauch über die Rechte des Eigenthümers selbst ausdehnen dürfte. Stehen diesem die, wenigstens eine Analogie darbietenden Grundsätze von der Interimswirthschaft schon entgegen; so treten die damit übereinstimmenden Vorschriften von der tutela fructuaria hier un-

mittelbar in Anwendung, finden sich auch mit den Bestimmungen des römischen Rechts, selbst wenn sie nicht vor diesen zu befolgen wären, um so weniger im Widerspruche, als solche dem, das Muttergut seines Kindes nießbrauchenden Vater ausdrücklich alle Verbindlichkeiten des Eigenthümers auflegen, und insofern den väterlichen, eine universitas juris betreffenden Nießbrauch von der Servitus ususfructus an einzelnen Gegenständen unterscheiden. — L. 1. C. de bonis maternis. L. 8. §. 4. 6. C. de bonis quae liberis. Der aufgestellte Collationsanspruch würde hiernach allein in dem Falle begründet seyn, wenn der vom Erblasser zum Besten seines ältesten Sohns gemachte Aufwand erweislicher Maaßen den gesammten Ertragsüberschuß dessen Vermögens, während der Erblasser solches im Nießbrauche gehabt, überstiegen haben sollte. Dieses aber ist von Klägern nicht behauptet worden.«

XXX.

Von der Vindication der auf den Inhaber gestellten Schuldverschreibungen.

Von der eigenthümlichen Natur der auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen ist bereits an einem andern Orte von mir gehandelt worden. [1])

Diese Grundsätze sind vom gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichte im December 1818 ausgesprochen, und besonders auf die Vindication einer solchen Schuldverschreibung, von Seiten des frühern Eigenthümers gegen den zeitigen Besitzer in Anwendung gebracht. Es klagte nemlich der Erbe des Darleihers gegen den Inhaber, und gründete sich in dem Eigenthume der Forderung unter der Angabe, den Besitz der Verschreibung unwillkührlich verloren zu haben. Hingegen glaubte der Beklagte durch die Eigenthümlichkeit der auf den Inhaber gestellten Verschreibung sich gegen solchen Ausspruch gedeckt, we-

---

[1]) Abhandlungen über einzelne Materien des bürgerlichen Rechts. Th. I. Nro. 17. §. 2.

nigstens die Klage angebrachtermaßen nicht begründet, weil besondere Thatsachen eines unverschuldeten Verlustes vom Kläger nicht angeführt wären. Das Gericht bestätigte den Ausspruch des vorigen Richters, welcher aus der Natur der Schuldverschreibung eine Vermuthung für den rechtmäßigen Erwerb zum Besten des Beklagten abgeleitet, dem Kläger aber dagegen den Beweis seines Eigenthums nachgelassen hatte. Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende.

»Die Eigenthümlichkeit der auf den Inhaber gestellten] Verschreibungen, wie sie aus der Natur der Sache und den darüber ergangenen, sowol Westfälischen, als herzoglich Braunschweigischen [2]) Verordnungen hervorgeht, bezieht sich auf die Legitimation zur Erhebung der Zinsen und des Capitals ohne schriftliche Cession, und auf die Begründung einer Vermuthung für den rechtmäßigen Erwerb; kann aber keinesweges bewirken, daß selbst ein unwillkührlicher Verlust einer solchen Verschreibung sofort unbedingt den des Rechts aus dem Darlehnsvertrage zur Folge habe. Die Verordnung vom 6ten Januar d. J. läßt hierüber keinen Zweifel, ist jedoch auf der andern Seite nicht so zu verstehen, als ob eine Vindication des frühern Eigenthümers einzig durch Befolgung der Vorschrift des §. 3. jener Verordnung begründet werden könne; da es vielmehr genügt, wenn der Kläger von einem noch fortbestehenden Eigenthume ausgehet, und es demnächst bei

[2]) Verordnung vom 6ten Januar 1818.

der Beweisführung zur Erörterung kommen muß, durch welche Thatsachen dieser Klagegrund gegen die, für den Inhaber eintretende Vermuthung dargethan zu werden vermag. Dieses ist denn auch der Inhalt des vorigen Erkenntnisses. Denn nachdem Klägerin früher behauptet, gleichwie bei der gewöhnlichen Vindication müsse genügen, wenn sie ihr vormaliges Eigenthum an der streitigen Obligation darthun würde, Beklagter hingegen dieses ältere Eigenthum nicht verabredet, aber um die Klage zu begründen, unzureichend erklärt hatte; so ist aus dem Besitze für Beklagten eine Vermuthung abgeleitet, und der Klägerin, als Beweis gegen dieselbe, ihr Eigenthum darzuthun auferlegt worden; mithin ist nicht das einstmalige, sondern das noch fortbestehende Recht aus dem Darlehnsvertrage zum Beweise verstellt.«

XXXI.

Ueber die Vermuthung der rechtmäßigen Abkunft aus der Geburt während der Ehe, und von deren Wirkung in Beziehung auf die, die Rechtmäßigkeit bestreitenden Klagen. L. 6. D. de his qui sui etc. (I, 6.)

---

1. Die Römer bezogen den Begriff der Vaterschaft allein auf die rechtmäßige Abstammung, und stellten daher den Grundsatz auf, daß uneheliche Kinder als vaterlos anzusehen wären. Vulgo quaesitos, sagt Justinian im §. 4. J. de Success. cognat. (III, 5.) — nullum patrem habere intelliguntur; denn, bemerkt Modestin in L. 23. D. de statu hominum (I, 5.), eum habent patrem, quem habere non licet. [1])

---

[1]) Siehe noch L. 19. 24. D. de statu hominum (I, 5.) und meine Abhandlungen über einzelne Materien des bürgerlichen Rechts. Th. I, Nro. 8.

In diesem Sinne, nemlich in Hinsicht auf das bürgerliche Verhältniß zwischen Vater und Kind, giebt das römische Recht die Regel: *Pater* is est, quam nuptiae demonstrant, und ferner: *Filium* definimus eum, qui ex viro et uxore eius nascitur [2]). Es verordnet dabei, in Beziehung auf die Legitimität, theils einzig auf den Zeitpunkt der Geburt zu sehen, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur [3]); theils den Umstand, daß die Mutter mit einem Dritten sich fleischlich vermischt habe, unbeachtet zu lassen [4]). Beide Bestimmungen entsprechen durchaus der Natur der Sache. Denn der Ehe kann eine Verbindung der Eheleute vorhergegangen seyn, aus welcher das vor der gesetzlichen Frist geborne Kind entsprossen seyn konnte, und der ohne Widerspruch gewährte Unterhalt, und die Erziehung des Kindes gelten für ein Anerkenntniß seiner Abstammung an Seiten des Ehemanns. Eben so untersagt der Schleier des Geheimnisses, womit die Natur die Zeugung umhüllt, die wirksame von der unbefruchtenden Beiwohnung zu unterscheiden, und mit Recht wird also im Zweifel der Erfolg derjenigen Ursache beigemessen, welche die Regel bildet und die Begünstigung der Rechtmäßigkeit für sich hat. Nam non utique,

---

[2]) L. 5. D. de in ius vocando (II, 4.) et L. 6. D. de his, qui sui etc. (I, 6.)

[3]) L. 11. C. de naturalib. liber (V, 27.) und Nov. 89. cap. 8. §. 1.

[4]) L. 11. §. 9. ad L. Jul. de adulter. (XLVIII, 5.)

sagt Papinian in L. 11. §. 9. D. ad L. Julian de adult. (XLVIII, 5.), crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti praejudicat, cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.

Aus diesen Bestimmungen geht eine Rechtsvermuthung für eheliche Abstammung aus der Geburt während der Ehe hervor, deren Natur und Wirkung einer nähern Erörterung werth ist, da die Rechtslehrer hierüber nicht einig sind [5]).

Die gedachte Vermuthung ist zwar eine gesetzliche, jedoch eine solche, die einen Beweis des Gegentheils nicht ausschließt. Doch ist derselben ein solches Gewicht beigelegt, daß nicht etwa der Gegenbeweis im eigentlichen Wortverstande, nemlich im Allgemeinen auf das Gegentheil, d. h. die Nichtabkunft des Kindes vom präsumtiven Vater gerichtet, Statt findet, vielmehr nur der Beweis der Unmöglichkeit zuzulassen ist. Mit andern Worten: es wird die Klage des präsumtiven Vaters auf Verwerfung der Vaterschaft, actio de paternitate negativa, durch die Einrede des Kindes, während der Ehe geboren zu seyn, sofort beseitigt und kann nur durch die Replik, es habe der Kläger nicht Vater seyn können, aufrecht erhalten werden. Ebenmäßig wird die Klage des Kindes auf Anerkennung der Vaterschaft, actio de filiatione affirmativa, durch den Umstand, daß Kläger während der Ehe des präsumtiven Vaters

---

[5]) *Leyser*, Spec. 322. *Müller* ad Leys. Obs. 576. u. A. m.

geboren ist, dergestalt begründet, daß nur die Einrede der Unmöglichkeit dagegen Schutz gewährt. Dieses ist der Inhalt der L. 6. D. de his qui sui etc. (I, 6.), wo Ulpian sagt: Si fingamus abfuisse maritum v. gr. per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua; placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum, Julianus ait, eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed — videtur, — si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente vel alia causa; vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. Die allgemeine, und nicht näher begründete Ableugnung der Vaterschaft verdient überall keine Rücksicht, kann nicht einmal der Gegenstand eines Interlocuts werden, „non ferendum etc." Nur sofern die Unmöglichkeit der Zeugung behauptet wird, ist der präsumtive Vater mit seinem Antrage zu hören und zum Beweise solches Umstandes zuzulassen. Uebrigens begründet die Behauptung jener Unmöglichkeit schon an sich die Weigerung des präsumtiven Vaters, und ohne daß es dabei der Anführung einer Ursache derselben bedürfe. Die Unmöglichkeit der Zeugung im Allgemeinen bildet also den Beweissatz, und die Ausführung und Nachweisung ihrer Ursache muß der Beweisinstanz überlassen bleiben; sowie z. B. die Einrede der Zahlung zum Beweise vorgestellt werden muß, wiewol nicht angegeben ist, ob die Schuld durch eigentliche Zahlung, oder Ueber-

gabe an Zahlungsstatt, oder auf irgend eine andere Weise getilgt seyn soll. Nur im Fall der Grund der behaupteten Unmöglichkeit angeführt ist, wird das Interlocut darauf zu beschränken, zuvor aber der angeführte Thatumstand nach seiner Erheblichkeit in Beziehung auf den eigentlichen Beweissatz, nemlich ob daraus die Unmöglichkeit wirklich hervorgeht, zu prüfen seyn, und wenn letzteres nicht seyn sollte, der Antrag sofort verworfen werden müssen.

Es ist schon zuvor bemerkt worden, daß die gesetzlichen Bestimmungen über die möglichst kürzeste und längste Dauer der Schwangerschaft [6]) in keiner unbedingten Verbindung mit der Vermuthung der Rechtmäßigkeit aus der Geburt während der Ehe stehen. Wenn also der präsumtive Vater die zu frühe Geburt nicht gerügt, und deren ungeachtet das Kind als das seinige behandelt hat, so löset das hierin liegende stillschweigende Anerkenntniß den Zweifel sofort, welcher aus einem solchen Umstande entspringt. In diesem Falle gilt der Grundsatz: parentum agnitio est optima probatio legitimitatis, den L. 11. C. de natural. liber. (V, 27.) und Nov. 89. c. 8. §. 1., sowie L. 29. pr. D. de probationibus (XXII, 3.) deutlich aussprechen; auch tritt hier die Analogie des L. 1. §. 14. D. de agnosc. v. alend. liber. (XXV, 3.) ein, nach welchem die Pflicht, zur vorläufigen Ernährung des nach der Ehe gebornen Kindes, dem Ehemanne bloß deßhalb auferlegt

---

[6]) L. 3. §. 11. 12. D. de suis et legitim. hered. (XXXVIII, 16.)

wird, weil er auf die Anzeige der Schwangerschaft seiner angeblichen Vaterschaft nicht ausdrücklich sofort widersprochen hat [7]). Uebrigens setzen die Rechte bei der Anwendung jener Rechtsvermuthung eine Geburt binnen des gesetzlichen Zeitraums in soweit voraus, daß, wenn keine durch die That geschehene Anerkennung eingetreten ist, der Ehemann oder dessen Erben die zu frühe, oder zu späte Geburt gelten machen können, nicht sowol zur Widerlegung der erwähnten Vermuthung als, um zu zeigen, daß dieselbe nicht begründet sey, weil ein dabei vorauszusetzender Umstand nicht vorhanden ist, und also die gesetzliche Regel wegfällt: credendum est, eum qui ex justis nuptiis (scil.) septimo mense (vel decimo mense post solutionem matrimonii) natus est, justum filium esse [8]).

2. Die Bestimmungen der Gesetze über jene Vermuthung der Rechtmäßigkeit sind einzig zum Besten der Kinder gemacht. Justinian sagt dieses ausdrücklich in L. 11, C. de natural. liberis (V, 27.) und der übereinstimmenden Nov. 89. cap. 8. §. 1: »et hoc facimus favore liberorum, ut editionis tempus statuamus inspiciendum; exceptis his tantummodo casibus, quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis utilitas expostulat«. Es bezieht sich diese Verordnung also bloß auf Fälle, wo Kinder ihre Legitimität gegen den Ehemann ihrer Mutter, oder einen Dritten gelten machen oder vertheidigen wollen, und es

---

[7]) Siehe auch cap. 10. X. de probation. (II, 19.)

[8]) L. 12. D. de statu hominum (I, 5.).

sind daher alle Beispiele, welche der römische Rechtskörper von der Anwendung jener Rechtsvermuthung aufstellt, sämtlich von einem Filiationsstreite eines Kindes mit seinem präsumtiven Vater hergenommen. An einen Rechtsstreit, worin ein in einer Ehe, oder in der gesetzlichen Frist nach deren Auflösung gebornes Kind einen Dritten, als seinen Vater wegen Alimente in Anspruch nimmt [9]), ist in den gesetzlichen Bestimmungen über die erwähnte Rechtsvermuthung nicht gedacht; und da die Verordnungen, welche zum Besten der Kinder gegeben sind, nicht wider dieselben angewendet werden können, so fällt in einem solchen Falle diese Vermuthung wenigstens als praesumtio juris hinweg. Der als pater naturalis in Anspruch genommene Dritte kann also diese Klage nicht, durch die Berufung auf die muthmaßlich rechtmäßige Abkunft des Klägers, sofort beseitigen; noch ist dieser schuldig, seine Klage durch die Replik, daß seiner Mutter Ehemann ihn nicht habe erzeugen können, aufrecht zu erhalten. Diese Klage ist vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften des Prozesses zu behandeln, und hat also der Kläger seinen Klaggrund, nemlich die Abstammung vom Beklagten darzuthun; wobei dieser die, aus den ehelichen Verhältnissen

---

[9]) Ueber den Umfang einer solchen Klage, und daß selbst der adulterinus nicht unbedingt als ex damnato coïtu ortus zu betrachten, vielmehr nur als Spurius anzusehen sey; siehe meine Abhandlungen über einzelne Materien des bürgerlichen Rechts, I, Nro. 8. Vergleiche noch Struben, Rechtliche Bed. I, 142.

der Mutter des Klägers entspringenden Vermuthungen als praesumtiones facti, gegenbeweislich benutzen kann.

Es ist dieses den allgemeinen Grundsätzen um so mehr angemessen, als die Vermuthung der Rechtmäßigkeit in Ansehung des Kindes auf Handlungen dritter Personen, z. B. die stillschweigende Anerkennung des muthmaßlichen Vaters beruhet, welche den Rechten desselben an sich nichts vergeben konnten. Die Gesetze sprechen dieses wiederholt, und zwar selbst in Beziehung auf die vorliegende Materie aus. Veritati locum superfore, sagt daher Scävola im L. 29. §. 1. D. de probat. (XXII, 3.) in einem Falle, wo die Mutter über die Abkunft des Kindes eine Erklärung abgegeben hatte, und in L. 14. C. de probationibus (IV, 19.) heißt es: non nudis asseverationibus, vel ementita professione — filii civili jure patri constituuntur, eine Bestimmung, welche sich in L. 5. C. de testament. et quemadm. (VI, 23.) wiederholt findet.

3. Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht ist im folgenden Rechtsfalle von hiervon abweichenden Grundsätzen ausgegangen.

Der Curator eines Kindes, welches während der Ehe seiner Mutter geboren war, nahm nach dem Tode des Ehemanns derselben einen Dritten auf Unterhaltung seines Pfleglings in Anspruch, weil dieser aus einer ehebrecherischen Verbindung des Beklagten mit seiner, des Kindes, Mutter entsprungen sey. Beklagter machte die Rechtsvermuthung der ehelichen Abstammung aus der Geburt während der Ehe dagegen gelten, und Kläger replicirte, daß seines Curanden Mutter vor seiner

Geburt mit ihrem Ehemanne bereits mehrere Jahre hindurch gänzlich getrennt gelebt habe. Sowol in erster, als zweiter Instanz ward die Klage für unstatthaft erklärt, und das höchste Gericht verwarf im September 1818 die deßhalb ergriffene Appellation aus nachstehenden Gründen.

»Die in den Gesetzen begründete Vermuthung, daß ein während der Ehe gebornes Kind auch den Ehemann zum Vater habe, kann nur durch den Beweis solcher Umstände zerstört werden, welche die Unmöglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes darthun. Wenn daher Kläger sein fundamentum agendi in die Behauptung des ehebrecherischen Beischlafs setzte; so war dieses nach L. 11, §. 9. D. ad L. Juliam de adulteriis nicht von der Art, daß auf dessen Beweis hätte interloquirt werden können: cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse. Eben so wenig eignete sich aber zu einer Beweisnachlassung die replicando vorgebrachte Behauptung, daß die Mutter des Kindes während der hier in Frage stehenden Zeit „durchaus keinen Beischlaf mit ihrem Ehemanne gehalten habe;" indem die Präsumtion der Legitimität nur durch den Beweis, daß während jener Zeit kein Beischlaf habe statt finden **können**, zerstört wird.«

»Es mußten der Klage specielle Facta zum Grunde gelegt werden, aus welchen hervorging, daß das Kind nicht ehelich seyn könne, welche sodann allerdings, zugleich mit dem Umstaude der ehebrecherischen Beiwohnung, hätten die Materie eines Interlocuts darbieten können. —

XXXII.

Unter welchen Umständen findet die Regel Anwendung, daß man eine Privaturkunde wider sich muß gelten lassen, welche man für sich angeführt hat? Auth. ad haec. C. de fide instrumentorum (IV, 21.).

---

1. Exemplo perniciosum est, sagt Kaiser Gallienus, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit [1]), und schriftliche Angaben dritter Personen haben als solche bekanntlich gar keine Beweiskraft. Dennoch läßt man gegen diese Regel eine Ausnahme zu, wenn ein Gegner sich auf eine solche Privaturkunde bezogen hat,

---

[1]) L. 7. C. de probationibus (IV, 19.). Siehe auch L. 24. et 26. D. de constituta pacunia (XIII, 5.) L. 26. §. 2. D. depositi (XVI, 3.) cap. 2. de fide instrumentorum (II, 22.)

und legt derselben sodann auch Beweiskraft wider ihn bei. Den Grund dieser Ausnahme findet man in der Nov. 49. cap. 2.: cum enim ipse credidit, et quod protulit is, contra quem et ex quo suas affirmat allegationes, hoc non accuset. Die Rechtslehrer begnügen sich, diesen Grundsatz aufzustellen, und, ohne ihn weiter zu entwickeln, bestimmen sie nur, unter welchen Umständen eine Trennung verschiedener, in derselben Urkunde begriffener Sätze zulässig sey, und nehmen an, daß jene Wirkung des Gebrauchs einer Privaturkunde nur in Beziehung auf den, von der Partei daraus angezogenen Punkt, und die mit demselben in Verbindung stehenden Sätze eintreten könne [2].

Betrachtet man die Gesetzstellen, worin jener Grundsatz sich ausgedrückt findet, nemlich Nov. 49. cap. 2. und die Auth. ad haec C. de fide instrumentorum (IV, 21.), so zeigt sich, daß sie bloß von der Schriftvergleichung reden und verordnen, es könne eine Privaturkunde dazu gebraucht und als vom angeblichen Aussteller wirklich herrührend angenommen werden, wenn der Gegner sie als solche angezogen und beigebracht haben sollte. Die Novelle drückt sich so aus: Sancimus, si — quispiam voluerit secundum eas, que ab adversario prolatae sunt, literas, fieri examinationem, non accusetur hoc tamquam non recte factum. Cum enim ipse credidit, et quod

---

[2]) J. B. Danz, bürgerliche Processe. §. 327. *Leyser*, Med. ad Pand. Sp. 263 m. 3 — 5. *Malblanc*, Princ. Jur. Rom. §. 603, I, 2.

protulit is et ex quo suas affirmat allegationes, hoc non accuset, neque prohibeat comparationem literarum ad eum fieri, licet contingat esse documentum manu cujuscunque (sc. privati) conscriptum. — Die Authentik aber lautet folgendermaßen: Ad haec, ex his literis quibus adversarius tuus utitur et profert, recte petis examinationem fieri; und wenn diese Worte allgemeiner gestellt sind, so müssen sie nicht nur aus jenem Gesetze, als ihrer Quelle, gedeutet werden, sondern die Verbindung, in welche die Authentik durch die Anfangsworte ad haec mit der nächstvorhergehenden Constitution, L. 20. C. de fide instrumentorum (IV, 21.), gesetzt ist, hebt jeden Zweifel über die Beziehung derselben auf die Schriftvergleichung.

Wir haben also hier keineswegs einen allgemeinen Grundsatz; und wenn diese Vorschrift analogisch angewendet werden soll, so darf es nur unter gleichen Umständen geschehen, nicht aber daraus die Regel abgeleitet werden: daß ein jeder von einer Privaturkunde in einem Rechtsstreite gemachter Gebrauch derselben, auch ihrem Inhalte nach, völlige Beweiskraft wider denjenigen beilege, welcher sie gebraucht hat. Es leuchtet vielmehr ein, daß wie die erwähnten Gesetze nur aus dem förmlichen Gebrauche, nemlich aus der Beibringung einer Urkunde zur Begründung der Thatsachen, worauf ein Antrag gestützt wird, eine Folgerung ableiten, und diese ferner, nicht auf den Inhalt, sondern einzig auf die Authenticität und Originalität der Urkunde beziehen; so auch der Grundsatz selbst allein unter gleicher Beschrän=

kung anologisch in Anwendung gebracht werden dürfe. Wenn nemlich der Aussteller einer Urkunde kraft der Unterschrift für den ganzen Inhalt derselben verbindlich wird; so findet dieses in Ansehung der Urkunden dritter Personen, von denen hier die Rede ist, keine Statt. Vielmehr muß die vorliegende Frage nach den Regeln vom Eingeständnisse beurtheilt werden; und indem eine verschiedene Erklärung, sowol in Hinsicht auf den Inhalt, als auf die Unterschrift und Ausstellung denkbar ist, wird es von den Umständen abhängig bleiben, in wiefern das anzunehmende stillschweigende Geständniß auf das Eine, oder das Andre, oder auf Beides zu beziehen ist. Hat also Jemand nur einer Urkunde beiläufig erwähnt, hat er sie zwar im Gerichte beigebracht, allein nicht um seinen Antrag zu begründen, sondern bloß zum Beweise außerwesentlicher Angaben, etwa wie ein Beleg einer geschichtlichen Einleitung; so kann solchem Gebrauche kein andrer Erfolg beigelegt, als höchstens angenommen werden, daß ein Geständniß über die angeblichen Ursachen, über die Aechtheit des Documents, daraus hervorgehn. Zu einem Schriftvergleiche wird die Urkunde mithin sodann auch wider den Producenten angewendet werden können. Um aber den Grundsatz auf den Inhalt zu beziehen, und diesem Beweiskraft gegen den Producenten beimessen zu können, muß der letzte durch den, von der Urkunde gemachten Gebrauch bestimmt über seine Ansicht von dem Inhalte sich ausgesprochen haben, und allein in soweit dieses geschehen ist, wird der Inhalt als erwiesen gegen ihn angenommen werden dürfen. Wer also aus einem Vertrage klagt, und zur Begründung dieser Klage auf

die darüber errichtete Urkunde sich bezieht, muß unstreitig diese letzte auch gegen sich gelten lassen und ihr volle Beweiskraft zugestehen, wenn gleich sie bloß unter Privatschrift ergangen ist. Eine Zusammenstellung von verschiedenartigen Nachrichten in einer Privataufzeichnung kann dagegen nicht in allen ihren Punkten für eingeräumt angenommen werden, weil eine Partei darauf, als Belag einer von ihr aufgestellten Behauptung, sich berufen hat. Vielmehr wird ein solcher Gebrauch nur die Erklärung des Producenten, über die Aechtheit der Urkunde in Beziehung auf deren angeblichen Urheber, und über die Wahrheit der einzelnen herausgehobenen Nachrichten, abzunehmen gestatten. Bezieht sich endlich eine Partei auf eine Urkunde zwischen dritten Personen, und zwar ohne Recht daraus herzuleiten, sondern nur um das Daseyn einer solchen, in der Geschichtserzählung etwa angeführten Vereinbarung zu beweisen; so liegt darin die Erklärung, daß die Urkunde wirklich von den angeblichen Contrahenten errichtet ist, nicht aber eine Aeußerung über die Richtigkeit der in derselben aufgeführten factischen Angaben der Contrahenten. Zum Schriftvergleiche gegen den Producenten mag eine solche Schrift füglich zu gebrauchen seyn; keinesweges kann derselben aber, bloß jener Production wegen, volle Beweiskraft in Ansehung ihres Inhalts wider den Producenten beigemessen werden. Es versteht sich übrigens, daß hier von dem Falle nicht die Rede ist, wo der Producent in die Stelle des Ausstellers getreten ist; denn hier folgt aus der Anerkennung der Unterschrift die Genehmigung des Inhalts der Urkunde, und indem die

Production wenigstens ein Geständniß der Aechtheit einer Urkunde ausdrückt, so bewirkt sie in diesem Falle derselben volle Beweiskraft, auch ihrem Inhalte nach, wider den Producenten.

2. Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht ging von diesen Grundsätzen in folgendem Rechtsfalle aus.

In einer, aus einem Pachtverträge auf Zahlung rückständiger Pachtgelder, erhobenen Klage hatte Kläger eine geschichtliche Darstellung vorangeschickt, und dabei eines frühern Rechtsstreites gedacht, indem ein in solchem ergangener Rechtsspruch jener Pachtrückstände in einer dem Kläger günstigen Beziehung erwähnt hatte. Dieses Urtheil und eine zwischen dritten Personen über solche Pachtgelder errichtete Notariatsurkunde, welche in jenem Rechtsstreite der Klage untergelegt war, ward dem Libelle als Anlage beigefügt. In erster und zweiter Instanz hatte man angenommen, daß Kläger diese Notariatsurkunde auch wider sich müsse gelten lassen, und alle darin enthaltenen Punkte wider ihn als erwiesen zu betrachten wären, weil er dieselbe für sich beigebracht habe. Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht verwarf diese Ansicht, und drückte die seinige in den Entscheidungsgründen eines Erkenntnisses vom 2ten October 1818 folgendermaßen aus.

»In der Beibringung der gedachten Urkunde von Seiten des Klägers liegt ebenfalls kein Grund, dieselbe in Ansehung der darin enthaltenen Angaben für wider ihn beweisend anzunehmen. Die Gesetze, welche von den Wirkungen der Production einer Urkunde handeln, sa-

gen nicht mehr, als daß in Ausnahme von der über die Beweiskraft der Urkunden bestehenden Regel, eine Privatschrift wegen deren Beibringung im Gerichte gegen den Producenten, einer öffentlichen Urkunde gleich, für authentisch zu halten sey. Sie beziehen dieses dabei zunächst auf die Schriftvergleichung — Nov. 49. cap. 2. et Auth. ad haec C. de fide instrum., verbunden mit L. 20. eod. — beschränken also solchen Grundsatz, nach der Natur der Sache, bloß auf die Originalität der Schrift, ohne von ihrem Inhalte zu handeln, und setzen überdem eine eigentliche Production, im technischen Wortverstande, nemlich eine solche Beibringung voraus, welche eine Beweisführung zum Zwecke hat, und die Erklärung des Producenten über die Wahrheit dessen, was daraus abgeleitet werden soll, wenigstens stillschweigend darlegt. Ist mithin, wie im vorliegenden Falle, ein Document bloß beiläufig, und ohne einen Antrag dadurch zu begründen, beigebracht; ist sogar der über die Zahlung der Pachtgelder darin enthaltenen Angabe auf das bestimmteste widersprochen, die Authenticität der Urkunde aber außer Streit; so kann aus solcher Production wider Kläger überall nichts gefolgert werden.« —

XXXIII.

Ist L. 12. C. de aedificiis privatis (VIII, 10.), als unglossirt, bei uns unverbindlich? Vereinigung derselben mit L. 13. D. finium regundorum (X, 1.).

1. Bekanntlich ist L. 12. C. de aedificiis privatis (VIII, 10.) den Glossatoren unbekannt gewesen, und erst später aus dem griechischen Originaltexte von Anton Contius in's Lateinische übertragen und in dieser Uebersetzung dem Corpus juris einverleibt worden. Da man nun annimmt, daß das römische Recht nur vermöge seiner Aufnahme in Deutschland Gesetzeskraft habe, und die Reichsgesetze, wodurch diese geschehen ist, allein auf diejenigen Theile jener Gesetzgebung sich beziehen, welche damals in Deutschland bekannt waren, diese Bekanntschaft aber von der Bearbeitung des römischen Rechtskörpers durch die Glossatoren ausgegan-

gen ist [1]); so hat das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht in einem abschläglichen Bescheide vom August 1818 jene Constitution des Kaisers Zeno für unverbindlich erkannt.

Es scheint mir jedoch, nach einer nochmaligen Erwägung, diese Entscheidung nicht über allen Zweifel erhaben, vielmehr die Anwendbarkeit dieses Gesetzes, wenigstens aus solchem Grunde, nicht bestritten werden zu können.

Die gedachte Constitution ist allerdings nicht glossirt, und in den mehrsten Ausgaben des Corpus juris glossati bloß in ihrem Grundtexte und der Contiusschen Uebersetzung, aber ohne Bemerkungen, abgedruckt [2]); sie gehört also unstreitig zu den wiederhergestellten Gesetzstellen. Allein die in der Reihe nächstfolgende Constitution desselben Titels, L. 13. C. eod. erstreckt die Vorschriften jener ersten, bloß für die Stadt Constantinopel erlassenen Verordnung auf das ganze Reich, und giebt derselben die Kraft eines allgemeinen Gesetzes. »Sanximus, sagt Justinian daselbst, eandem constitutionem in omnibus urbibus romani imperii obtinere, et secundum ejus definitionem omnia procedere; et si quod jus ex ea lege innovatum est a vetere dispositione, hoc et in provinciis a Praesidibus earum observari: — »Es gehört aber

---

[1]) *Zebernick* in edit. C. A. Beckii Comm. de novellis Leonis etc. Lips. 1779. 8. in mantissa 3, pag 525 seq.

[2]) Z. B. Editio Lugduni 1558, 4. Vol. IV, pag. 1254 seq.

diese letzte Constitution zu den glossirten [3]), und ist also von unstreitiger Gesetzeskraft für uns. Wir haben mithin eine uns verbindende Verordnung, welche besiehlt, jene Constitution des Kaisers Zeno in Anwendung zu bringen; und wie die Glossatoren durch die Bemerkung: Sed ubi est? das einzige Hinderniß ausdrückten, welches ihrer Anwendung entgegen stand, so fällt dieser Anstand jetzt hinweg, nachdem das Gesetz wieder aufgefunden ist. Denn der Grund der Verbindlichkeit gehet hier allein aus der L. 13. C. cit. hervor, und diese Verordnung ergänzt den Mangel einer Reception, welcher der L. 12. eod. an und für sich die gesetzliche Kraft entziehen würde. Wie ein documentum referens absque relato, zwar unbrauchbar zur Beweisführung erscheint, aber in Beziehung auf seine Beweiskraft für sich allein erwogen werden kann, und die Anwendung und Wirkung des documenti relati zum Voraus auf den Fall, daß solches herbeigeschafft werden würde, zu bestimmen gestattet; so muß auch hier der Vorschrift des L. 13. C. cit. die, allein durch das Daseyn der L. 12. eod. bedingte Wirkung beigemessen werden, der letztern die Kraft eines Gesetzes beizulegen. Es tritt dasselbe ein, gleich als ob der Gesetzgeber eine Verordnung eines andern Staates zu befolgen verodnet

---

[3]) Die Glosse macht zu den Eingangsworten: Cum dubitabatur, utrum constitutio Zenonis etc. die Bemerkung: Sed ubi est? und fügt übrigens dem Schlusse einige Allegate hinzu. Corpus juris glossati, Editio cit. IV, pag. 1258.

habe, wo dann freilich deren Bekanntwerdung nöthig ist, die Promulgation jedoch nur in Ansehung des dieselbe aufnehmenden Gesetzes erfordert wird.

Uebrigens stehet der Anwendung der L. 12. C. cit. auch nicht die Verschiedenheit der deutschen und orientalischen Bauart in den Städten entgegen, wenn gleich einige Bestimmungen derselben bloß eine örtliche Beziehung haben. Die Vorschrift des §. 1 und 2 ist wenigstens allgemein, und auch in unsern Städten zulässig und nützlich, daß nemlich, bei der Herstellung eines durch Feuersbrunst oder Einsturz zerstörten Gebäudes, die frühern Verhältnisse, wie sie Vertrag oder Verjährung bestimmt haben, zu beobachten seyen, neue Gebäude hingegen von den bereits vorhandenen Nachbarhäusern nur in einer Entfernung von zwölf Fuß errichtet werden sollen *). Es findet dieses in bereits bestehenden

*) §. 1. „Et nos itaque praecipimus, ut qui proprias domos *renovare* cupiunt, non solum veterem formam non excedant, aut lumen vel prospectum vicinis auferant, adversus ea, quae pridem constituta sunt; verum etiam addimus, — ut si pactum — aedificanti suffragetur, liceat ipsi secundum vim pacti — aedificare, etiamsi officere vicinis, quibus pactum, adversatur, ita aedificando videatur. §. 2. Sed cum nostra constitutio dicat, duodecim pedes relinqui ab eo, qui *aedificaturus* est, inter propriam et vicini domum, et „plus vel minus" adjiciat, — diserte et perspicue jubemus duodecim pedes relinqui intermedios inter utramque domum, incipientes a superposita fundamentis aedificii parte, eademque observatione perseverante ad summum usque altitudinis culmen."

Städten nur auf Neben- und Hintergebäude seine Anwendung, und kann also gegen unsern Geschmack in Ansehung der Bebauung der Straßen nicht anstoßen; wohl aber der feuersgefährlichen Annäherung und Anhäufung der, den Löschanstalten weniger zugänglichen Hintergebäude wirksam steuern.

2. Da diese Vorschrift bloß den Raum betrifft, welcher zwischen Gebäuden frei gelassen werden soll; so ist das sogenannte Solonische Gesetz, welches L. 13. D. finium regundorum (X, 1.) [5] enthält, hierdurch nicht aufgehoben. Denn dieses handelt, ohne Beziehung auf schon vorhandene Gebäude, von der Entfernung, in welcher die verschiedenen Vorrichtungen eines Grundeigenthümers von des Nachbars Grenze bleiben müssen. „Si quis sepem ad alienum praedium fixerit, heißt es daselbst, terminum ne excedito; si maceriem, pedem relinquito; si vero domum, pedes duos; etc.“ Beide Verordnungen bestehen also sehr wohl neben einander, und ist nach ihnen ein neues Gebäude wenigstens zwei Fuß von des Nachbars Grenze zu errichten, es sey denn, daß der Nachbar bereits ein Haus erbauet habe, in welchem Falle in den Städten ein Zwischenraum von wenigstens zwölf Fuß, und zwar von solchem Gebäude anzurechnen, und ohne Rücksicht auf die Grenze beider Grundstücke, freigelassen werden soll.

---

5) Siehe über dieses Gesetz, *Heineccius* Jurisprud. Rom. et Attica, II. p. 1149. — *Eisenhard*, Opuscul. Nro. 11. — **Kästner's** Vorrede zu v. **Florencourt** Abhandl. aus der jurist. und polit. Rechenkunst. Altenburg 1781. 4.

Unter dieser Beschränkung findet also die L. 13. D. finium regundorum (X, 1.) nicht bloß auf ländliche Grundstücke, sondern auch in den Städten seine Anwendung, und der Ausdruck des griechischen Grundtextes, der durch das lateinische Wort praedium völlig gleichbedeutend übertragen ist, umfaßt beide Arten der Grundbesitzungen. Dieses Letzte ist denn auch in dem oben angeführten Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts ausgesprochen.

XXXIV.

Von dem Abmeierungsrechte wegen des Gutsherrn eignen Bedürfnisses, nach herzoglich Braunschweigischen Rechten.

In keinem vaterländischen Rechtsinstitute zeigt sich die Einwirkung des Zeitgeistes so deutlich, als bei der Ausbildung des Meierrechts im Herzogthume Braunschweig. Ohne gewaltsame Vorschritte von Seiten der Landleute, ohne Beeinträchtigung wohlbegründeter Rechte von Seiten der Regierung, entwickelte sich hier frühzeitig ein System, weniger der Gesetzgebung, als der Praxis, welches dem Landmanne Freiheit und Eigenthum zusicherte, zu einer Zeit, wo er in andern deutschen Staaten Beides entbehren, oder doch sehr verkümmert sehen mußte. Durch weise Benutzung der Umstände, und ein unausgesetztes, aber fast unmerkbares Vorschreiten, bewirkten

die großen Regenten des mittlern Hauses Braunschweig, die Herzöge Heinrich der Jüngere, Julius und Heinrich Julius, die große Veränderung. Der Meier ward aus einem Zeitpächter in einen Erbpächter verwandelt, sein Zins gegen Steigerung gesichert, und die Revolution war geschehen, als andrer Orten der auf dem Landmann lastende Druck den Bauernkrieg mit seinen Gräueln erzeugte.

Was bereits durch die Polizeiordnung vom 19. Januar 1563 [1]) gesetzlich ausgesprochen war, bildete einen wichtigen Theil der Gegenstände, worüber nach vieljährigen Verhandlungen zwischen Herrn und Ständen, endlich der Landtagsabschied vom 3ten Jun. 1597 eine vollständigere Gesetzgebung aufstellte. Bei diesen Verhandlungen kam zunächst das Erbrecht der Meier zur Sprache, und die ständische Beschwerde betraf vorzüglich die Hindernisse, welche den Gutsherrn bei Absetzung und Veränderung der Meier, »ihrer Verwirkung halber«, entgegengesetzt wurden. Als man über diesen Punkt sich vereinbart hatte, und der Entwurf des Landtagsabschiedes zur Genehmigung vorlag, brachten die Stände zuerst die Frage zur Erörterung, inwiefern dem Gutsherrn zugestanden werden solle, nach Ablauf der Meierjahre das Gut in eigene Cultur zu nehmen [2])?

---

[1]) „Doch soll der Gutsherr den Meier mit Neuerung oder Erhöhung des Zins, so von Alters gegeben worden, in andere Wege nicht steigern noch beschweren." Siehe Gesenius, Meierrecht Th. I. Seite 428 flg.

[2]) Laut der Protokolle vom 7ten, 8ten, 9ten, 11ten und 12ten April 1597 bemerkte zuerst Ludolph Garßen, Namens des

Dieses veranlaßte folgende Bestimmung des Salzdahlumschen Landtagsabschiedes vom 3ten Jun. 1597:

„Zum neunzehnten, wenn sich die armen Bauersleute, wie aufrichtigen frommen Meiern und guten Hausvätern gebührt, in den nächstvergangenen Jahren gehalten, werden sie bei der Meierstatt, wenn gleich die Güter erledigt oder heimgefallen, auch bei den vorigen Zinsen billig gelassen; da sie aber in Entrichtung der Zinse 1, 2 oder mehrere Jahre säumig, oder kein marksgabe Korn liefern, oder die Güter ihren Töchtern zur Aussteuer mitgeben, oder Andern verpfänden, verkaufen, vertauschen, oder sonst in fremde Hände kommen, oder in andere unziemliche Wege beschweren, oder aber auch verwüsten und ganz ausmergeln würden, und deßwegen zuvor bei den Beamten oder andern Gerichtsherrn gebührlich aber vergeblich geklagt worden, sind die Gutsherrn der Abmeierung halber, nicht allein in oberzähl-

---

Ausschusses der Landschaft, nachdem er den Entwurf des §. 19. des Landtagsabschiedes genehmigt hatte: „daß darin nicht gesetzet, wie es zu halten, wenn ein dominus das Gut selbst unter sich zu nehmen befugt, wenn seine Jahre um rc.", und trug deßhalb auf einen Zusatz an. Landesfürstlicher Seits ward solches unter der Bedingung nachgegeben, daß dadurch weder Serenissimo noch der Landschaft einiges „Präjudiz und Erlangung einer Freiheit" erwachsen dürfe; und als die Stände ihrer Seits dieses eingegangen waren, auch auf dem Landtage selbst, am 2ten Jun. 1597, erklärt hatten, den Entwurf des Abschiedes sich gefallen lassen zu wollen, wofern nur hinzugefügt werde, „wenn ein dominus seiner Güter selbst nöthig, daß der Meier dann weichen möge;" ward der §. 19, wie er jetzt vorliegt, gefaßt.

ten Fällen nicht zu verdenken, sondern sie sind auch solcher Abmeierung sonst, vermöge der gemeinen beschriebenen Rechte, in diesem Fall, wenn nemlich sie die Güter zu ihrer eignen Nothdurft zu gebrauchen vorhabens, und Inhalts nachsetzter Ordnung den Meiern, nach geendigten Meierjahren, und darauf vorgegangener Loose und Wardierung, seine Baubesserung, Gaare, Geile und dergleichen nothwendige, auch nützlich angewandte meliorementa der Gebühr bezahlen, imgleichen dem Landesfürsten oder andern Gerichtsherrn, wie auch der Landschaft oder andern Interessenten die daran zustehende und hergebrachte Umpflichten an Dienst, Schatzung und dergleichen, wie das Namen hat, unweigerlich thun und leisten werden, bemächtigt und berechtigt.«

Dieselbe Bestimmung ward in dem Gandersheimischen Landtagsabschiede vom 10ten Oktober 1601, §. 24. ebenfalls aufgestellt; und obwol derselbe bloß für das Fürstenthum Calenberg verbindlich ist [3]), so verdient die angeführte Stelle dennoch als Erläuterung des vorerwähnten Gesetzes betrachtet und hier eingerückt zu werden, da offenbar dieselbe Absicht der Paciscenten beiden Landesverträgen zum Grunde lag. Es ist dieser Paragraph so gefaßt:

---

[3]) Siehe Herzogl. Circularrescript vom 15ten August 1788 in Ribbentropp Sammlung der Landtagsabschiede ꝛc. Helmstädt 1793, Th. I. Seite 159. Gesenius, Meierrecht, Th. I. Seite 471. flg.

„Zum vierundzwanzigsten, soll über das von dem gnädigsten Landesfürsten, wegen der Meier Distraction, Veräußerung und Beschwerung der inhabenden Güter publicirte Mandat, —, steif und fest gehalten, gleichwol aber an den Orten, da die Gebäude den Meiern und Köthern zukommen, dieselben, wenn sie sich jetztgemeldetem Mandate gemäß und sonsten wohl halten, es sey denn, daß Jemand, er sey wes Standes er wolle, das Gut gegen weitere Leistung der davon zu jeder Zeit gegangenen schuldigen Pflicht, zu seiner selbst eignen Behuf gebrauchen will, nach Ausgang der Meierzeit, wofern der Meiercontract nicht ein Widriges mit sich bringt, nicht leichtlich verstoßen — werden.“

Später erklärte die herzogl. Verordnung vom 15. August 1707 diese Bestimmungen folgendermaßen:

„Ob wir nun zwar bei demjenigen, was in jetzt gedachten Landtagsabschieden disponiret, es bewenden lassen, und nicht gemeint sind, in dem darin angeführten und auf die gemeinen Rechte sich referirenden Falle jemanden der Gutsherrn zu verwahren, daß er seine Meiergüter selbst annehmen möge. Gleichwie jedoch solche gemeinen Rechte solches andrergestalt, als in casu necessitatis et propriae indigentiae nicht permettiren, und dann außer solchem Falle, und da einer etwa sonst mehrere Commodität oder Nutzen bei Einziehung solcher Meiergüter finden sollte, wider die Intention vorangezogener Landtagsabschiede und zu Unserm Nachtheile wegen des dadurch verursachenden Abgangs der Unterthanen und cessirenden Landfolge, solches keineswe-

ges zu extendiren. Also haben Wir der Nothdurft ermessen, vorerwähnte Disposition der Landtagsabschiede dahin zu declariren, daß keinem Gutsherrn seine Meiergüter in anderm als vorerwähnten Falle, da er deren zu seiner oder der Seinigen unumgänglichen Nothdurft selbst bedürftig, einzuziehen, seinen sonst habenden adlichen oder andern Gütern beizulegen, oder sie dergestalt für sich zu cultiviren verstattet. —"

Diese Verordnung ist nachmals in den Privilegien gesammter Landschaft von 1770, Artikel 62. wiederholt worden.

Um den Gesichtspunkt festzustellen, aus welchem diese gesetzlichen Bestimmungen in Beziehung auf ihre Auslegung nnd Anwendung zu betrachten sind, genügt es wenn erwogen wird, daß sie eine Ausnahme von der Regel aufstellen, und als solche keiner ausdehnenden Erklärung Raum geben. Das Erbrecht der Meier war nemlich längst begründet, die Erneuerung des Meiercontracts bloß eine Sicherungsmaaßregel gegen Verdunkelung des bestehenden Verhältnisses, und jede Steigerung des Zinses bereits ebensowol untersagt, als willkührliche Entsetzung des Meiers: und obwol die Stände früher vielfältige Beschwerden über diese landesfürstliche Verfügungen geführt hatten; so war doch schon von ihnen darunter nachgegeben und selbst die Fassung des Salzdahlumschen Landtagsabschiedes, wie derselbe im Uebrigen jetzt vorliegt, genehmigt worden, als sie auf den erwähnten Zusatz antrugen, und denselben veranlaßten.

Die oben angeführten Gesetzstellen ergeben nun klar, daß sie dem Meierherrn das Abmeierungsrecht aus einem, von des Meiers Verschulden unabhängigen Grunde nur einzig in dem Falle verstatten, wenn das eigene Bedürfniß des Meierherrn solches nöthig macht. Die Worte: »zu ihrer eigenen Nothdurft zu gebrauchen«, oder »zu seinem selbst eigenen Behufe gebrauchen will«, und »da er deren zu seiner oder der Seinigen unumgänglichen Nothdurft bedürftig«, lassen keine andere Deutung zu, man mag sie nach dem Sprachgebrauche, oder nach der Absicht des Gesetzgebers, als Umschreibung der Bestimmung des römischen Rechts, worauf derselbe sich beziehet, auslegen *). Der Nutzen, die commoditas des Meierherrn kann hier nicht gemeint seyn, wo es darauf abgesehen war, den Meier gegen jede Willkühr zu sichern und ihm einen dauernden Besitz zu verschaffen. Es lag derselbe um so weniger in der Absicht des Gesetzgebers, als die bereits längst bestandenen Verbote einer Steigerung des Meierzinses ersehen lassen, daß schon damals der Zins den Reinertrag nach dem Pachtfuße gewöhnlich nicht erreicht habe, bei einer solchen Deutung also die Abmeierung die Regel, nicht aber die Ausnahme würde haben bilden müssen.

Da der ersterwähnte Landtagsabschied die Bestimmung der gemeinen Rechte, welche er zu befolgen ver-

---

*) Daß selbst der Ausdruck: **Behuf**, im Gandersheimischen Landtagsabschiede, die Nothwendigkeit bedeutet, die bloßen Vortheil ausschließt, und überhaupt mit Nothdurft gleichbedeutend ist, zeigt *Pufendorf* in Observ. IV. Nro. 186.

ordnet, nicht näher bezeichnet, so könnte bezweifelt werden, ob das Pachtverhältniß damals Fürsten und Ständen wirklich vorgeschwebt habe; zumal Herzog Julius wenige Jahre früher das Meierverhältniß nach den Grundsätzen von der römischen Emphyteuse beurtheilt und den Verlust des Meierrechts von einer dreijährigen Versäumniß der Zinszahlung abhängig erklärt hatte [5]), obwol beim Pachtvertrage ein zweijähriger Rückstand hinreicht [6]). Allein es ist hier offenbar auf die Grundsätze vom Pachtverhältnisse Bezug genommen. Die Bestimmungen über die Bezahlung der nützlichen Verwendungen deuten dahin, indem bei der Emphyteuse die Verbesserung des Guts zu den Obliegenheiten des Inhabers gehört, also keinen Ersatz zu fordern berechtigt. Auch ward das Meierverhältniß, in den um die gedachte Zeit aufgenommenen Erbregistern und den damaligen öffentlichen Verhandlungen, immer als Pacht bezeichnet [7]). Endlich zeigt die Uebereinstimmung des angeführten §. 19. des Landtagsabschiedes vom Jahre 1597 mit der L. 3. C. de locato et conducto (IV, 65.), daß man kein anderes Gesetz als eben dieses vor Augen gehabt hat [8]).

---

[5]) Rescript an Amtmann Wackerhagen vom 14ten September 1584, bei Gesenius; Meierrecht Th. I. Anlage, Seite 18.

[6]) L. 54. §. 1., L. 56. D. Locati (XIX, 2.) et Auth. qui rem. C. de Sacrot. Eccl. (I. 2.)

[7]) Siehe Gesenius, Meierrecht, I. Seite 448. 450. flg.

[8]) *L. Menken* opusc. Nro. 14. (edit. Halae 1770. pag. 501 seq.) *J. B. Carpzov*, (auct. *E. L. A. Eisenhardt*) D. de

„Aede quam te conductam habere dicis, entscheidet hier Kaiser Antonin, si pensionem domino in solidum solvisti, invitam te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata versat es." Es ist dieses offenbar die Grundlage der angeführten Stelle des Landtagsabschiedes, und da derselbe solche Bestimmung einmal auf den Meiervertrag angewendet hat, man also nicht mehr zu untersuchen braucht, ob eine zunächst für die Miethe eines Hauses gegebene Verordnung auch auf die Pacht von Grundstücken bezogen werden könne; so kommt hier der Sinn dieses kaiserlichen Rescripts in Erwägung. Hierüber kann aber fast kein Zweifel eintreten, da die Worte: propriis usibus necessariam, so bestimmt als deutlich sind.

Der Grad und die Natur des Bedürfnisses, welches hiernach den Meierherrn zur Abmeierung berechtigen soll, bleibt nunmehr noch allein zu bestimmen. Wenn die Rechtslehrer aus der Natur der Sache folgern, daß nur ein, nach Abschließung des Pachtcontracts und unvorhergesehen eingetretenes Bedürfniß jenes Recht begründen könne, (superveniens et improvisa necessitas) so hat hier der Gesetzgeber selbst diesen Grundsatz in der Verordnung vom 15. August 1707 ausdrücklich aufgestellt. Es ist hier also nur zu bemerken, daß in dieser Hinsicht auf den Anfang des Meiervertrages zurückgeblickt, und in Beziehung auf solche Zeit erwogen werden

---

jure expellendi villicum ob moram in solvenda pensione. Helmst. 1794. a *Pufendorf*, obs. IV. 186 etc. §. 3.

muß, ob damals das jetzt eingetretene Bedürfniß vorherzusehen war? Die neunjährigen Erneuerungen des Meierbriefes können dabei, da sie nicht von der Einwilligung der Parteien, sondern von einer gesetzlichen Nothwendigkeit ausgehen, nur soweit in Betracht kommen, daß der Vertrag nicht vor Ablauf eines solchen Zeitraums aufgelöset werden kann. Nicht aber wird ein Bedürfniß als Abmeierungsgrund gänzlich deßhalb ausgeschlossen, weil es bei einer solchen erneuerten Bemeierung vorherzusehen gewesen ist. Eine jede bessere Benutzung durch vortheilhaftere Pachtbedingungen ist mit den Worten: »seinen sonst habenden Gütern beizulegen, oder sie für sich zu cultiviren,« und: »propriis usibus,« ausgeschlossen. Nur in sofern der Meierherr also das Gut in Verbindung mit einer andern eigenthümlichen Besitzung benutzen, oder es selbst bewirthschaften will, ist er zur Abmeierung befugt.

Auf der andern Seite liegt in dieser letzterwähnten Verordnung kein Grund, den Begriff des wirklichen Bedarfs, über die Nothwendigkeit hinaus zu erweitern. Denn wenn gleich der Fall einer Verbindung des einzuziehenden Meierguts mit einer andern Besitzung des Meierherrn angenommen wird; so setzt ein solcher Besitz so wenig eine gewisse Wohlhabenheit voraus, als er das Daseyn des höchsten Nothstandes ausschließt, da Schulden den Ertrag absorbiren können, eine höhere, die Erhaltung des Meierherrn sichernde Benutzung vielleicht nur von der Verbindung beider Güter zu gewärtigen steht, endlich auch nicht das unbedingte Bedürfniß der nöthigen Ernährung, sondern ein standesmäßiger Unterhalt, nach

den Grundsätzen von alimentis civilibus, hier zum Maaßstabe dienen muß. Diese, den bürgerlichen Verhältnissen des Meierherrn angemessene Erhaltung ist es nemlich, was derselbe bei Eingehung des Meiercontracts allein vor Augen haben konnte; und wenn der Gesetzgeber dieser Ansicht die Wirkung beimißt, den Sinn des Vortrages hiernach, als auf den muthmaßlichen Willen der Contrahenten, zu bestimmen; so kann der unbedingt nöthige Unterhalt, die alimenta naturalia, hier nicht entscheiden.

Es ist hiermit aber keinesweges gesagt, daß der Meierherr sich, als bloß zum Zehren geboren betrachten, und die einem Jeden obliegende Pflicht, durch eigne Thätigkeit für seinen Unterhalt zu sorgen, unterlassen dürfe. Vielmehr versteht es sich, daß ein Bedürfniß, wie das Gesetz hier verlangt, nur anzunehmen ist, wo die Arbeit des Meierherrn und seiner Familie demselben abzuhelfen nicht vermag.

Eben so wenig wird ein selbstverschuldetes Verarmen einen Grund zur Abmeierung dem Meierherrn verleihen können. Theils würde hier der Meier desselben Verschulden, bekannten Rechtsgrundsätzen zuwider, allein büßen, und jedem verschwenderischen oder leichtsinnigen Meierherrn damit die Befugniß ertheilt werden, seine Meier allmählich gleichsam aufzuzehren; theils ist dieses der ausdrücklichen Bestimmung der Verordnung vom 15ten August 1707 zuwider, indem daselbst nicht eine jede, vielmehr nur eine unumgängliche Nothdurft, als Abmeierungsgrund zugelassen wird, die gewöhnliche Folge der Verschwendung und Unwirthlichkeit aber dem

Falle eines zufälligen Bedürfnisses nicht beigezählt werden kann.

Da Klagen auf Abmeierung glücklicher Weise zu den seltensten Erscheinungen gehören, und mir in einer Zeit von 26 Jahren, binnen welcher ich in den höchsten Gerichten des Herzogthums Braunschweig gesessen habe, nur ein einziger Fall dieser Art vorgekommen ist; so wird es erlaubt seyn, hier denselben anzuführen, obwol er vorlängst und von der vormaligen Justizkanzlei zu Wolfenbüttel entschieden ist.

Es klagte nämlich ein Patrizier v. H. gegen seinen Meier auf Abmeierung wegen dringenden Bedürnisses, und da dieses daher entstanden war, daß der Kläger ohne einigen Erwerb zu suchen, seine nicht unbedeutenden Meiergefälle theils mit Schulden beschwert, theils allmählig verkauft hatte; so verwarf die Justizkanzlei die Klage. Die Entscheidungsgründe des Erkenntnisses vom 6ten November 1800, bei welchem es geblieben ist, waren folgende: „Weil die den Rechten nach, um von dem bestehenden Meiercontracte einseitig abgehen zu können, erforderliche „unumgängliche Nothdurft" — Landesherrliche Verordnung vom 15ten August 1707 — aus den vom Kläger angeführten Umständen um so weniger hervorgeht, als die willkührlich gewählte Lebensart den Maaßstab des Bedürfnisses hier nicht abgeben und die im forschreitenden Verhältnisse vorgenommene Verminderung des Vermögens keinesweges zu dem Falle einer unvorhergesehenen zufälligen Verarmung gezählt werden kann."

XXXV.

Rechtsgültigkeit der Domainenkäufe während der feindlichen Invasion. Actio publiciana der vindicirenden Landesfürstlichen Cammer. Versio in rem der Kaufgelder. — Ein Nachtrag zu Nro. 1.

Seit den Entscheidungen, welche in der ersten Abhandlung dieses Theiles beigebracht sind, ist die Frage, über die Rechtsgültigkeit der Staatsgutsveräusserungen während der Zeit der französischen Occupation in denjenigen Staaten, deren Regierungen über deren Abtretung keinen Staats-Vertrag eingegangen hatten, vielfach sowol in Tageblättern, als besondern, großentheils Parteischriften erörtert worden, und diese Ausführungen haben veranlaßt, daß der Gegenstand vom gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichte nochmals, und auch in Beziehung auf die neuesten Behandlungen dieser Ma-

terie, einer genauen Prüfung unterworfen ist. Das Gericht hat jedoch keine Veranlassung gefunden, seine früher ausgesprochenen Grundsätze zu ändern, und dieselben vielmehr abermals in folgendem, auch erhebliche Nebenfragen berührenden Rechtsfalle aufzustellen.

Die herzoglich Braunschweigische Cammer vindicirte eine, zu Westfälischen Zeiten von der damaligen Verwaltungsbehörde verkaufte Mühle, als zum Staatsgute gehörig, und bezeichnete die Klage als actio publiciana. Der Beklagte behauptete die Unstatthaftigkeit dieser Klage, weil klagendes Cammercollegium keinen frühern Besitzerwerb durch Tradition behauptet, noch weniger nachgewiesen habe. Er führte die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbes nach den neuesten Entwickelungen einiger für die zu Frankfurt reclamirenden Domainenkäufer erschienenen Schriften aus, und berief sich endlich auf die nützliche Verwendung der von ihm erlegten Kaufgelder.

Das Oberappellationsgericht verwarf jedoch, durch einen Bescheid vom 27sten November 1818, die Appellation des Beklagten, und zwar aus folgenden Gründen:

„Wenn die Beklagten dem klagenden Cammercollegium die Einrede der unstatthaften Klage entgegensetzen, weil vorliegend die Erfordernisse der actionis publicianae, welche namentlich angestellt, und noch weniger der rei vindicationis vorhanden, — indem vom klagenden Collegium nicht einmal behauptet worden, daß der Fürstl. Cammer die Mühle quaest. tradiret, der Besitz, wenn auch langjährig, diese Klagen zu begründen nicht vermögend sey —; überdem auch geleug-

net wird, daß Serenissimus Eigenthümer der Mühle, wie auch daß Höchstderselbe, vor deren Acquisition von Seiten der Beklagten, in dem langjährigen Besitze derselben gewesen: so kann es hier auf diese Einreden, welche unter andern Umständen dem Wesen der rei vindicationis sowol als der publicianae angemessen entgegengesetzt wären, nicht ankommen, da die Beklagten denjenigen Contract anerkennen, welcher klagender Seits mit dem Libell producirt ist, aus diesem aber sofort das ganze Sachverhältniß dergestalt hervorgeht, daß nicht daran zu zweifeln, daß Beklagte infirmiori jure possidentes sind, indem sie die quaest. Mühle von eben dem fiscus gekauft haben wollten, dessen dominium oder quasidominium sie bestreiten, wobei ihnen aber entgegensteht, daß der damalige administrator fisci (und für einen solchen ist lediglich die Westfälische Regierung zu achten,) nicht berechtigt war, das Vermögen dieses fiscus zu veräußern; als welches lediglich, unter Berücksichtigung des Grundgesetzes eines Landes, dem legitimen Landesfürsten oder der legitimen obersten Staatsgewalt zustehen kann. Unter diesen Umständen ist es klar, daß die exceptio justi dominii, die nach L. 16. de publiciana in rem actione dieser Klage entgegengestellt werden muß, eben so wenig hat begründet werden können, als vielmehr in demjenigen Anführen, a fisco gekauft zu haben, das Bekenntniß liegt, daß der fiscus zur Zeit der Acquisition der Mühle in dem Besitze derselben gewesen sey, welcher hier genügend ist, da er unter die causae justae acquirendarum rerum, die zur Anstellung der actionis publicianae be-

rechtigen, gerechnet werden muß. L. 13. D. de public. in rem est act.

»Es ist nach dem Europäischen Völker- und allgemeinen Staatsrechte nicht zweifelhaft, daß, wenn gleich die Regierungsgewalt lediglich zum Besten des Volks ausgeübt werden muß, dennoch dieselbe in erblichen Monarchien ein Patrimonialrecht des Regenten sey, welches demselben weder von dem Volke, noch von einem Fremden ohne dessen Einwilligung entzogen werden kann. Dieser Grundsatz bewirkt die Nothwendigkeit eines sanctionirenden Friedensschlusses nach Statt gehabten Eroberungen. Es ist aber diese Nothwendigkeit um so größer, und die Eroberung um so weniger im völkerrechtlichen Sinne für vollendet zu halten, wenn dem vertriebenen Fürsten noch keinesweges Hoffnungen und Mittel fehlten, wiederum in den Besitz derjenigen Staatsgewalt zu kommen, die er durch keinen Friedensschluß abgetreten hatte. Dieses ist vorliegend der Fall, wo von dem agnatischen in Großbritannien regierenden Hause der Kampf noch fortgesetzt ward, und wo der Fürst selbst, nach Maaßgabe seiner Kräfte, diesen Kampf fortsetzte. Ist nun gleich das hier aufgestellte völkerrechtliche Princip vielfach verletzt, so ist es auch, wie die Geschichte und die Staatsrechtlehrer zeigen, vielfach beobachtet: und dem Richter ziemt mehr, sich die Beobachtung eines auf die Moral gegründeten völkerrechtlichen Axioms zur Richtschnur dienen zu lassen, als die Abweichungen von demselben, wenn sie auch durch Tractate sanctionirt seyn sollten.«

»Nach diesen Grundsätzen ist es nicht nöthig, auf die

höchste Verordnung vom 2ten Januar 1818 Bezug zu nehmen, die dasselbe entscheidet.«

»Hätten Beklagte behauptet, daß das von ihnen an eine Westfälische Casse eingezahlte Kaufgeld speciell zum Nutzen des Braunschweigschen Landes verwendet sey; so hätte ihnen unstreitig der Beweis ihrer behaupteten versionis in rem nachgelassen werden müssen. Die Statt gefundenen allgemeinen Anführungen können aber nicht genügen; wobei jedoch den Beklagten freistehet, in einem separaten Processe eine zu beweisende specielle Verwendung der Kaufgelder zum Besten des Braunschweigischen Landes geltend zu machen.«

XXXVI.

Sind die, während der feindlichen Occupation reducirten, zwei Drittheil der Staatsschuld gegenwärtig zum Besten des zeitigen Inhabers der, für die ursprünglichen Verbriefungen ausgegebenen, Obligationen der Westfälischen Amortisations-Casse, oder des alten Eigenthümers der ganzen Forderung wieder hergestellt?

Das königl. Westfälische Decret vom 28sten Junius 1812 reducirte die öffentliche Schuld, mit einigen Ausnahmen, auf ein Drittheil des Nominalbetrages, und verordnete, daß die bereits gegen die alten Staatspapiere ausgetauschten neuen Verschreibungen binnen einer gewissen Zeit mit einem Reductionsstempel bezeichnet, gegen noch nicht eingetauschte alte Obligationen aber nur neue zu dem reducirten Capitalwerthe ausgegeben wer-

den sollten. Der schon früher bewirkte Mangel des öffentlichen Vertrauens nahm seitdem noch zu, und veranlaßte ein Sinken der Staatspapiere und ein Verschleudern derselben, welches einen fast allgemeinen Wechsel in der Person der Staatsgläubiger hervorbrachte.

Als endlich die Vertreibung des Feindes die vaterländischen Verhältnisse wieder herbeigeführt hatte, und die alte Staatsschuld von den hergestellten Regierungen ihrem vollen Betrage nach anerkannt war, mußte die Frage allgemeine Theilnahme erwecken: ob die reducirten zwei Drittheile der Staatsschuld zum Nutzen des vormaligen Gläubigers, oder des jetzigen Inhabers hergestellt zu achten wären?

Nachstehende Grundsätze zeigten sich, als dem Sachverhältnisse angemessen.

Wenn vor der Reduction alte Staatspapiere noch nicht gegen Westfälische Obligationen ausgetauscht, und so veräußert worden sind; so ist das volle Recht des Gläubigers übertragen, und die Sache keinem Zweifel unterworfen. Der alte Gläubiger hat die Wirkung des Zufalls, Hoffnung auf Gewinn und Gefahr des Verlusts, seinem Cessionar überlassen, und durch den gangbaren Werth wirkliche Befriedigung erhalten.

Sind ferner gegen alte Verbriefungen ausgegebene Westfälische Staatspapiere, jedoch vor der Reduction, verkauft worden: so muß ein Gleiches eintreten. Denn die Contrahenten nahmen die neuen Verschreibungen als die Stellvertreter der ursprünglichen, als die Repräsentanten der alten Forderung an, wie denn solche neue Staatspapiere nach dem allgemeinen Formulare stets

des Austausches der alten Verbriefungen erwähnten, und diesen in die Bedingungen der Verbindlichkeit aufnahmen. Der Vertrag umfaßte mithin die ursprüngliche Forderung und enthielt deren unbedingte Uebertragung.

Anders verhält es sich, wenn die Veräusserung der Staatspapiere nach der Reduction geschehen ist. Denn durch dieselbe ward die Forderung, welche durch die vorhandenen Verbriefungen dargestellt war, unbedingt auf ein Drittheil des ursprünglichen Belaufs zurückgeführt; so daß nur dieses Drittheil damals als Staatsschuld sich darlegte, und ein jeder über Staatspapiere eingegangene Vertrag, sofern darin nicht ausdrücklich der reducirten zwei Drittheil gedacht worden ist, allein von jenem noch bestehenden Theile der Forderung verstanden werden konnte, und hiernach auszulegen ist. Denn wo das Gesetz das Klagerecht und jeden andern Weg, zur Befriedigung zu gelangen, abgeschnitten hatte, war der Gegenstand einer Uebertragung zugleich hinweggeräumt; und die mögliche Speculation, auf dem Grunde einer civiliter aufgehobenen obligatio naturalis, läßt sich aus der bloßen Abtretung einer herabgesetzten Schuldurkunde nicht folgern. Ob die ursprüngliche Obligation noch unausgetauscht war, und dem Cessionar übergeben ist, oder ob die Austauschung schon geschehen war, die Westfälische Verschreibung also den Gegenstand der Cession abgegeben hat; ob endlich diese Obligation damals bereits mit dem Reductionsstempel versehen war, oder nicht? zeigt sich hier unerheblich, und Alles führt zu demselben Resultate. Denn die Reduction geschah kraft des königlichen Decrets und trat sofort in Wirkung, ohne von der Eigenschaft der in

den Händen der Gläubiger sich befindenden Verschreibungen, noch von der Eintragung der Reduction und dem dieselbe bezeichnenden Stempel abhängig zu seyn. Diese Maaßregel bezog sich nur auf die Ordnung des Rechnungwesens und Sicherung unerfahrner Erwerber gegen Täuschungen, welche aus der höhern Nominalsumme der Verschreibungen entspringen konnten; zumal gewisse Staatsschulden von der Reduction ausgenommen waren, einige Staatspapiere mithin noch ferner zu ihrem vollen Nominalwerthe geltend blieben [1].

Nur wenn eine schon gegen die ältere Verbriefung eingetauschte neue Obligation nicht zur Eintragung und Bemerkung der Reduction eingereicht war, und nach der dazu gesetzten Frist, nemlich nach dem 1sten November 1812 verkauft worden ist; muß man annehmen, der Handel sey auf die Hoffnung künftiger Zeiten gerichtet gewesen, und habe dem Erwerber alle Rechte übertragen sollen, welche der Cedent in Beziehung auf seine ursprüngliche Forderung dereinst vielleicht würde gelten machen können. Denn mit dem Versäumen der verordneten Einreichung zur Bezeichnung der Reduction war, in Beziehung auf das Königreich Westfalen, die ganze Forderung erloschen [2], für den Verkehr also kein

---

[1]) Siehe königl. Westfäl. Decret vom 28sten Junius 1812, Art. 2. und 3

[2]) Königl. Decret a. a. O. Art. 5. „Nach Ablauf dieser Frist sollen alle Forderungen, über welche die Obligationen nicht in der vorgeschriebenen Art producirt worden sind, als erloschen angesehen werden (éteintes de droit).“

andrer Gegenstand übergelassen, als ein Hoffnungskauf in Ansehung desjenigen, was bei einem Wechsel der Dinge auf die ursprüngliche Forderung etwa zu erlangen seyn würde.

Hatte nun die Veräußerung einer reducirten Staatsobligation nur das ferner bestandene ⅓ der Forderung übertragen, so verblieb das Recht auf die übrigen ⅔, auf den Fall, daß das Gesetz die aufgehobene natürliche Verpflichtung des Schuldners wieder herstellen sollte, dem letzten Inhaber der ganzen Forderung, demjenigen nemlich, in dessen Händen dieselbe die Reduction erlitten hatte.

Im Herzogthume Braunschweig hat eine Verordnung vom 4ten Dezember 1815 die Herstellung des Staatsschuldwesens verfügt und zugleich vorgeschrieben, daß der alte Schuldnexus durch Rückgabe der ursprünglichen Verbriefungen wieder eingeführt werden, diese aber nur gegen Einlieferung der dafür ausgegebenen Westfälischen Staatspapiere, und zwar an denjenigen geschehen sollte, welcher jene Austauschung vorgenommen hat, oder welcher von dem Umtauscher Vollmacht beibringen würde [8]).

In Beziehung auf diese Verordnung ist ein Rechtsstreit zur Entscheidung des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichts gekommen, wobei die oben entwickelten Grundsätze erörtert und in Anwendung gebracht sind.

---

8) Herzogl. Braunschweigische Verordnung vom 4ten Dezember 1815, §. 5, 6 und 7.

Es hatte Jemand im November 1811 ein Haus in Braunschweig verkauft, »für die Summe von 16,000 Franken in Westfälischen Amortisationscassen-Obligationen, welche nach dem jetzigen Cours à 35 Procent, im Ganzen das eigentliche Kauf-Pretium von 1400 Rthlr. in Conventionsmünze oder 5439 Franken ausmachen.« Die hierdurch überkommenen Verschreibungen waren vom Verkäufer des Hauses, und zwar nach der Reduction der Staatsschuld, veräußert und nachmals von demjenigen, welcher die ursprünglichen Schuldverschreibungen gegen Westfälische Obligationen ausgetauscht hatte, wieder an sich gebracht.

Bei der, in Gemäßheit der herzoglichen Verordnung vom 4ten Dezember 1815 eintretenden Liquidation der Braunschweigischen Staatsschuld hatte nun der ebengedachte letzte Inhaber der Braunschweigischen Schuldverschreibung diese, gegen Einlieferung der dafür ausgegeben gewesenen Westfälischen Staatspapiere, wieder zurückerhalten. Allein der Verkäufer des Hauses, dem die letztern als Zahlung des Kaufpreises übertragen waren, nahm die Forderung zu zwei Drittheil gegen jenen Inhaber der Verschreibung durch eine Klage in Anspruch, weil er solche ganz abgetreten erhalten, und nur zu dem, nach der Reduction damals noch bestandenen einem Drittheile verkauft habe. Diese Veräußerung könne auf den Beklagten nicht mehr übertragen, als was in ihrem Gegenstande begriffen gewesen sey. Es ward dieser Klage entgegengesetzt, daß die zu Westfälischer Zeit vorgenommene Austauschung der Braunschweigschen gegen Westfälische Staatspapiere eine No-

vation enthalten habe, wodurch die damalige Regierung als expromissor statt des ursprünglichen Schuldners eingetreten sey. Nur den Anspruch an den Westfälischen Staat habe mithin die Abtretung an Zahlungsstatt auf den Kläger übertragen, und wenn jetzt der wiederhergestellte Braunschweigsche Staat die alte Schuld erneuert habe, so sey solches allein zum Besten desjenigen geschehen, welcher einzig als Braunschweigscher Gläubiger angesehen werden könne, und das sey Beklagter. Derselbe habe überdem alle die Rechte erworben, welche Kläger früher aus dem Besitze der erwähnten Staatspapiere allenfalls gehabt haben könne, indem er diese an sich gebracht gehabt habe.

In erster und zweiter Instanz ward für den Kläger erkannt, und das Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel bestätigte diese Entscheidung durch das Urtheil vom 20sten Januar 1818. Folgendes sind die diesem Ausspruche angehängten Entscheidungsgründe.

„— Die Verordnung vom 4ten December 1815 genügte dieser Aufgabe (das Interesse der Altbraunschweigschen Gläubiger mit dem der Inhaber der, gegen die ursprüngliche Verschreibung ausgegebenen Westfälischen Staatspapiere zu berücksichtigen) dadurch, daß sie die Vereinigung jener beiden Qualitäten, nemlich des Umtauschers der ursprünglichen Verbriefungen und des Besitzers der dafür ausgegebenen Westfälischen Obligationen, zur conditio sine qua non der Wiederherstellung des Schuldnexus machte, und nur mit besitzenden Umtauschern, oder mit den durch sie specialiter bevollmäch-

tigten Inhabern der Westfälischen Obligationen zu thun haben wollte.«

»Diese Verfügung erreichte aber, außer obigem Hauptzweck des debitorischen Staats, zugleich den landesväterlichen Zweck, den durch die Staatsumwälzung besonders hart betroffenen Braunschweigischen Staatsgläubigern die Erlangung jeder rechtlich möglichen Entschädigung zu erleichtern. Denn während es für sie schwierig gewesen wäre, die Identität die von ihnen veräußerten Westfälischen Papiere ins Klare zu bringen, und etwa noch daran habende Rechte zu erstreiten; so trieb nunmehr das eigene Interesse der Inhaber der Papiere zu den Umtauschern hin, weil nur durch deren Mitwirkung auch sie zu dem Ihrigen gelangen konnten.«

»Für die Fälle, wo die Umtauscher ihre Westfälischen Obligationen veräussert hatten, oder solche nicht mehr besaßen, war nun aber hiermit die Landesfürstliche Vorsorge erschöpft. Und es war und konnte die Absicht des Gesetzgebers nicht seyn, die durch untadelhafte Rechtstitel veräusserten Rechte aus Machtvollkommenheit wieder herzustellen.«

»Diesemnach kann jene Verordnung auf die Rechte an wieder anerkannte Staatsschulden keinen Einfluß haben, und also auch in vorliegender Sache als Entscheidungsquelle nicht gebraucht werden.«

»Den Ansprüchen des Klägers hat sich Beklagter in gedoppelter Eigenschaft entgegengestellt, einmal als derjenige, welcher Braunschweigsche Landesschuldurkunden gegen Westfälische Amortisationscassen-Obligationen hin-

gab, und zum Andern als Wiederbesitzer solcher von ihm veräußerter Westfälischer Papiere.«

»In erster Hinsicht ist der Kaufcontract vom 1sten November 1811 das alleinige Entscheidungsfundament.«

»Wenn gleich die Parteien der Meinung sind, daß solcher einen Kauf und Verkauf enthalte, so stand es doch nach demselben dem Käufer nicht frei, den Kaufpreis durch baares Geld zu berichtigen, sondern es gehörte zu den ausdrücklichen Bedingungen, daß dem Kläger für sein Haus Westfälische Amortisationscassen-Obligationen, welche 16000 Franken verbrieften, abgetreten werden mußten. Auf die in dieser Maaße feststehende Verbindlichkeit des Käufers konnte es daher keine Einwirkung haben, wenn nebenbei noch der Geldwerth jener Obligationen ausgedrückt wurde; denn dies sollte jenen modum solvendi nicht verändern, und war zu ganz anderm Zwecke, zu Bestimmung des Contractstempels, nöthig.«

»Beklagter hat demnach die Westfälischen Papiere, welche an die Stelle der Braunschweigschen von ihm angenommen waren, vollkommen veräußert, und zwar um so unleugbarer, da durch die Ausdrückung deren damaligen Curses zu 35 Prozent nur gesagt wird, daß 100 Rthlr. Nominalwerth 35 Rthlr. Geldwerth gehabt haben; nicht aber, daß von verbrieften 100 Rthlr. damals 35 Rthlr. gültig und 65 Rthlr. ungültig gewesen wären, oder nicht existirt und also nicht in Commerz hätten seyn können. Und es konnte daher für den Beklagten, in seiner Qualität als gewesener Eigenthümer, keinen Anspruch begründen, daß die Braunschweigschen Obligationen an

die Stelle der Westfälischen wieder in Umlauf gesetzt wurden.“

„Auch die Untersuchung: welche Rechte durch die Wiedererlangung der Westfälischen Obligationen auf die wiederaufgelebten Braunschweigschen Schuldurkunden Beklagter von neuem erworben habe? liefert für ihn kein günstiges Resultat.“

„Denn da ⅔ des Nominalwerthes jener Westfälischen Papiere in den Händen des Klägers gestrichen wurden, gleichviel ob dies durch einen, solchen Papieren aufgedruckten, Reductionsstempel beurkundet, oder ob neue Obligationen zu dem verminderten Nominalwerthe dafür ausgestellt wurden; so existirte zur Zeit der von Kläger vorgenommenen Alienation nur noch ⅓ des vormaligen Nominalwerthes; diese Alienation, und folglich auch die vom Beklagten bewirkte Wiedererwerbung, kann also keinen größern Umfang haben, und die Revivificirung jener ⅔ Nominalwerth geschah daher für den Kläger, dem sie entnommen waren, indem sein natürliches Recht jener Reduction ungeachtet fortbestand, und nun wieder in Wirkung trat. Für den Beklagten war aber Veranlassung zu einer Beschwerde um so weniger vorhanden, da sein ⅓ an der Nominalsumme vor dem Gerichte erster Instanz als einer solchen Geldsumme gleichstehend betrachtet, und in dieser Maaße die Abfindung des Beklagten festgesetzt wurde.“

XXXVII.

Ueber die Verbindlichkeit des Sohns eines Vasallen, aus der von demselben in Ansehung eines Familienlehnes vorgenommenen Veräusserung. II. Feudor. 45.

Die Bestimmung des gemeinen Lehnrechts, II. Feud. 45. ist im Herzogthume Braunschweig durch besondere Gesetze aufgenommen, und namentlich im Landtagsabschiede vom 27sten Januar 1619. §. 8. und der jüngsten Hofgerichtsordnung, Tit. 75. vers. „So viel denn die Hülfe ꝛc.", auch in der Canzleiordnung, Art. 82. verordnet worden:

„Daß ein jetwedes Kind, welches seinem Vater in den Lehnen, die rühren her wo sie wollen, succediren will, solche Lehn und Erbe sammt den darauf haftenden Schulden, entweder zugleich annehmen oder sich der gänzlich enthalten müsse." —

und

.— weil die Söhne vermöge Unserer Landesconstitution ihres Vaters Schulden auch aus den Lehngütern, es seyen dieselben gleich antiqua oder nova, ex pacto et providentia hereditaria oder mixta, zu zahlen verpflichtet ꝛc.«

Der unter den Rechtslehrern über den Sinn dieser gesetzlichen Bestimmung, besonders in der neuern Zeit, geführte Streit [1]) ist auch vor dem gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichte zur Entscheidung gekommen, und hat sich dieses für die Meinung erklärt, welche J. L. B. Böhmer und C. C. A. H. von Kamptz ausgeführt haben.

Es hatte nemlich der Besitzer einer lehnbaren Mühle seine gesammten Grundstücke dem einen seiner Söhne, dem andern derselben aber nur eine Abfindung an Gelde letztwillig hinterlassen, der so abgefundene dagegen diese väterliche Verfügung angefochten, weil sie seine Lehnsfolge um so weniger ihm entziehen könne, als die bestimmte Abfindung den Pflichttheil nicht einmal erreichte. Das höchste Gericht erkannte hierauf im December 1818:

---

[1]) Siehe auf der einen Seite u. A. *Wernher*, Obs. for. I, 511, und *de Pufendorf*, Obs. jur. univ. III, 146; auf der andern aber, *G. Ludw. Böhmer*, Princ. jur. feud. (edit. V. seq.) §. 276 et 296. *Just. Ludw. Beoht. Böhmer*, D. de filio vasalli successore in feudo. C. C. A. H. von Kamptz, Vers. über das Longob. Lehensgesetz, II. Feud. 45. und A. F. G. Posse, die Succession der Kinder in alte Lehn- und Stammgüter ꝛc. 1785.

„Daß Beklagter schuldig, dem Kläger das Lehnseigenthum und den Mitbesitz der in Frage stehenden Lehnmühle einzuräumen, auch ihm Rechnung von den gezogenen Aufkünften — abzulegen; dagegen dem Beklagten der Beweis nachzulassen:

„daß, und wie hoch Kläger im Allodio über den
„Pflichttheil durch das Testament des gemeinschaft-
„lichen Vaters honorirt;

— worauf sodann der Betrag des bewiesenen Ueberschusses über die Legitima, von dem Betrage der auszuhändigenden Früchte abzusetzen ꝛc.“

Die Entscheidungsgründe sind folgende:

„Es leidet keinen Zweifel, daß es einem Sohne nicht erlaubt sey, die väterliche Allodialerbschaft auszuschlagen, um das Lehn ohne Lasten hinzunehmen: Sed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet; II. Feud. 45. Eine Disposition, die überdem von den hiesigen Landesgesetzen speciell sanctionirt ist; — und deren Gründe, wiewol nach dem gemeinen Lehnrechte nicht ohne Ungewißheit, durch eben diese Landesgesetzgebung klar dargelegt sind.“

„Eben diese Disposition des Textes II. Feud. 45. weiset aber schon darauf hin, daß der Sohn mit der Allodialerbschaft auch die Lehnserbschaft haben solle, da es sonst nicht heißen könnte, daß er entweder beide Erbschaften behalten, oder beide ausschlagen müsse. Denn könnte es einem Vater erlaubt seyn, durch die Einsetzung seines Sohnes zum Erben im Allodio ihm das ganze Lehn zu entziehen, so bliebe dem Sohne keineswegs die Wahl frei, entweder beide Erbschaften zu behal-

ten, oder beide auszuschlagen; sondern er müßte entweder sich mit Einer begnügen, oder sich beider enthalten. Nach dieser Entwickelung steht also der Text II. Feud. 45. weder mit den im L. 3. §. 2. C. commun. de Legat. et fideic. ausgedrückten allgemeinen Grundsätzen und mit I. Feud. 8. im Widerspruche, noch hebt der erste Text diese letztern Bestimmungen auf: sondern die gesammte Legislation ist in dieser Hinsicht in völliger Harmonie. Der Sohn ist zwar nicht berechtigt, um sich der Bezahlung der väterlichen Schulden zu entziehen, die Allodialerbschaft auszuschlagen; eben so wenig steht aber dem Vater das Recht zu, dem Sohne ein Erbe zu entziehen, welches er selbst nur ex providentia majorum quoad dominium utile besaß. Nur in sofern ist es ihm erlaubt, über das Lehn zu disponiren, als ihm erlaubt gewesen seyn würde, über das eigne Besitzthum des Sohns im Testamente zu verfügen, insoweit nemlich, als er ihm den dadurch erlittenen Schaden ex allodio ersetzt hätte. Dieses vermag nur durch eine über die Legitima hinaus geschehene Honoration bewirkt zu werden. Will der Sohn dies nicht fahren lassen; so muß er auch die Disposition des Vaters über das Lehn anerkennen.«

»Vorliegend ist es ungewiß, in wieweit der Kläger ultra legitimam honorirt sey; demnach ist ein hierauf gerichteter Beweis dem Beklagten nachgelassen; —.«

XXXVIII.

Kann der Haupteid dem Auctor des Gegentheils zugeschoben werden? Abtretung des Klagerechts vor und während des Rechtsstreits.

---

1. Der Beweis ist in einem Rechtsstreite nur gegen den Gegner zu führen, und einem Dritten, sofern derselbe nicht als Nebenperson anzusehen ist, und als Zeuge oder Sachverständiger herbeigezogen wird, so fremd und unverbindlich, wie der ganze Rechtsstreit selbst. Eben so kann ein Vergleich nur unter Personen Statt finden, welche das streitige Recht gegen einander in Anspruch nehmen, oder Namens solcher Personen von denjenigen eingegangen werden, welche sie zu vertreten und zu verpflichten vermögen. Aus diesen beiden Grundsätzen geht die Regel hervor, daß die Eideszuschiebung nur dem Gegentheile

nicht aber einem Dritten geschehen könne, welcher den Gegner nicht vertritt [1]).

Dennoch wird in Ansehung des Cedenten eine Ausnahme von dieser Regel zugelassen [2]), und es ist wichtig den Grund dieser Meinung aufzuklären, und ihre Anwendbarkeit näher zu bestimmen, als bisher geschehen ist. Eine so auffallende Abweichung von jenen, aus der Natur der Sache abgeleiteten allgemeinen Grundsätzen, kann allein aus den dringendsten Gründen gerechtfertigt werden, und wird um so seltener aus einer nothwendigen Berücksichtigung der Rechte des Beweisführers abzuleiten seyn, als die Kenntniß einer dritten, dem Rechtsstreite fremden Person gewöhnlich auf dem ordentlichen Wege, indem dieselbe zum Zeugen vorgeschlagen und eidlich abgehört wird, erlangt und zu den Acten gebracht werden kann [3]).

2. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Legitimation zur Sache bieten die natürlichste Grundlage dieser

---

1) Cap. 36. X. de jurejurando II. *Pufendorf*, Proc. civ. Brunsv. III. 5. §. 3. Danz, Proc. §. 369. Martin, Proc. §. 213. *Malblanc*, Doctr. de Jurejur. §. 42.

2) *Wernher*, Obs. I. 338. *Leyser*, Spec. 201. med. 5. *Hommel* Rhaps. obs. 112 et 633. Danz, ord. Proc. §. 369. *Müller* ad Leyser II, obs. 419. Glück, Comment. XII, Seite 278, und XVI, Seite 422.

3) Offenbar irrig ist daher die von Struben, IV, 34, beigebrachte Entscheidung, welche einem Schafhirten den Haupteid, über die gegen den Schäfereiherrn streitig gemachte Aufnahme des Gemeindeviehes unter die Heerde, zuzuschieben gestattete.

Erörterung dar, indem sie selbst von dem Rechte der Partei ausgehen, über den Gegenstand des Streits unabhängig, oder aber unter gewissen Beschränkungen und mit Beziehung auf andere Personen, verfügen zu dürfen. Sowie bei dinglichen Klagen einzig diejenige Person den rechten Kläger oder Beklagten darstellt, welcher das streitige Realrecht zusteht, oder deren Besitz mit dem Rechte des Andern unvereinbar ist; ein jeder Dritte aber von dem Hauptstreite ausgeschlossen bleibt, wenn er auch als Nebenperson, wegen eines besondern Interesses oder andrer Ursachen, herbeigezogen werden oder hinzutreten kann; und wie es dabei auf das gegenwärtige Recht allein, und auf das frühere Recht eines Auctors der Partei nur in soweit ankommt, als derselben Recht davon abhängt; so wird auch in solchem Falle der Eid über die Hauptsache nur einem der streitenden Theile von dem Andern, nicht aber einem Dritten, selbst nicht dem Auctor des Gegners, zugeschoben werden können. Verschieden hiervon ist bei persönlichen Klagen die Lage der Sache, wo die Grundsätze von der Abtretung der Rechte und deren Wirkung auf das Verhältniß zwischen Cedenten, Cessionar und Schuldner eingreifen. Indem nemlich das dingliche Recht von einer Sache ausgeht und in derselben seine Begränzung findet; so bildet bei persönlichen Rechten die gegenseitige Beziehung derjenigen Personen, unter welchen sie ursprünglich begründet worden sind, ihren eigenthümlichen Charakter, und ein Forderungsrecht und die ihm entsprechende Verbindlichkeit können nur in sofern für dieselben erachtet werden, als die Verhältnisse be-

stehen, unter welchen sie entstanden. Obwol also die Uebertragung eines solchen Rechts dem Cessionar ein selbstständiges, und von ihm in eignem Namen, durch die actio utilis zu verfolgendes Recht gewährt; so wird doch dabei stets auf des Cedenten, als des Urhebers der Forderung, Person zurückgesehen, und der Cessionar nach solcher beurtheilt.[4]) Nach der Theorie kann dieses, die sogenannte Personeneinheit zwischen Cedenten und Cessionar, nur auf die Einreden bezogen werden, welche diesem wie jenem entgegen stehen, und wie solches nur von den das Klagrecht selbst betreffenden Einreden zu verstehen ist;[5]) so kann die individuelle Stimmung des Cedenten, in Ansehung der Eidesleistungen nicht in Betracht kommen, noch die bloße Möglichkeit, daß derselbe mit mehr Gewissenhaftigkeit oder Aengstlichkeit seine Erklärung über eine Eideszuschiebung abgeben werde, den Richter ermächtigen, die Zuschiebung des Haupteides an den Cedenten in einem, mit dem Cessionar bestehenden, Rechtsstreite dem Schuldner nachzulassen. Es geht auch die vorbemerkte Meinung der Rechtslehrer, und die von ihnen bezeugte Praxis, wenn man die da-

---

4) L. 5. C. de hereditate vel actione vendita (IV, 39.) „Emtor hereditatis actionibus mandatis eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuit.“ L. 8 eod. „— vel utilis — *exemplo creditoris* persecutio tribuitur.“ Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte, §. 16. Seite 152. flg.

5) Mühlenbruch a. a. O. §. 59. 60. Seite 537. flg.

für angeführten Gründe in Erwägung zieht, keineswe- ges dahin, die Eideszuschiebung an den Cedenten unbedingt und nach des Schuldners Willkühr zu gestatten; vielmehr lassen sie solches nur unter der Voraussetzung und in dem Falle zu, daß der Cedent von dem Schwörungssatze mehr Kunde, wie der Cessionar hat, den Eid de veritate abzuleisten vermag, wo der Cessionar nur de credulitate würde schwören können [6]. Eine Meinung, welche wenigstens die Billigkeit für sich hat, und bei der darin begründeten Praxis aufrecht erhalten zu werden verdient; sollte auch der dafür angeführten Rechtsregel, daß die Cession dem Schuldner, weil er in Ansehung derselben als ein Dritter anzusehen sey, nicht nachtheilig fallen dürfe, hiermit eine zu große Ausdehnung gegeben werden, weil diese Regel nur auf wirklich bereits erworbene Rechte anwendbar scheint, und das Recht der Eideszuschiebung schwerlich, als bereits mit der Hauptverbindlichkeit zugleich entstanden, angesehen werden kann.

Hiernach wird die Eideszuschiebung an einer dritten, im Rechtsstreite nicht befangenen Person, nur ausnahmsweise in den Fällen zugelassen werden können, worin die Praxis es gestattet; nemlich nur dann, wenn der Gegner als Cessionar des ursprünglichen Gläubigers aufgetreten ist, und dabei von dem eidlich zu erhärtenden Umstande nicht eine eben so vollständige Kenntniß haben kann, wie der Cedent.

---

[6]) *Wernher*, Obs. I. 338. *Leyser*, Spec. 201. med. 5. und vorzüglich *Müller* ad Leys. II, 419.

3. Es versteht sich dieses übrigens nur von dem Falle einer, dem Rechtsstreite vorhergegangenen Veränderung in der Person des Rechtsinhabers; denn erfolgte die Uebertragung des Rechts erst während eines darüber erhobenen Rechtsstreites, so muß die Entscheidung der Frage aus andern Grundsätzen abgeleitet werden.

Ist nemlich ein Eid schon zugeschoben, und dem Gegentheile die Erklärung darauf vom Richter auferlegt; so ist zwar der aus der Erklärung auf einen zugeschobenen Eid hervorgehende Transact noch nicht vorhanden, dennoch aber dem Deferenten das Recht auf diese Erklärung bereits erworben, und ein solches kann demselben, durch eine Uebertragung des Klagerechts oder Besitzes von Seiten des Gegners auf einen Dritten, nicht entzogen, noch dieser Dritte zur Eidesleistung vorgeschoben werden.

Allein wenn auch der Prozeß noch nicht bis zur Eidesleistung vorgeschritten ist, so wird doch die eingetretene Rechtshängigkeit jede Abtretung, sowol des Klagrechts, wie des Besitzes des Streitgegenstandes, in Beziehung auf das Verhältniß der streitenden Theile unwirksam machen[7]). Zwar behaupten die Rechtslehrer, das Verbot einer Veräußerung der im Streit befangenen Sache und darauf gerichteten Klage, als Wirkung der Litigiosität, bestehe nicht mehr, und habe die Praxis in diesem Punkte die Bestimmung des römischen Rechts

---

[7]) Tit. D. de litigiosis (XLIV, 6). Tit. C. eod. (VIII, 37). Nov. 112. cap. 1.

aufgehoben [8]). Ungerechnet jedoch, daß die Allgemeinheit einer solchen Praxis nicht außer Zweifel gesetzt ist, und derselben Gültigkeit nicht durchaus eingeräumt wird [9]; so kann eine solche Veräußerung jetzt erlaubt und gültig seyn, und die darauf im römischen Rechte gesetzte Strafe hinwegfallen, ohne daß deßhalb das dem Gegentheile aus der Rechtshängigkeit erwachsene Recht als nicht vorhanden angesehen werden darf [10]. Verordnet also das römische Recht, daß mit der Rechtshängigkeit die gegenseitige Verpflichtung unter den streitenden Theilen entstehe, den Gegenstand des Streits in allen seinen Beziehungen bis zur Entscheidung unverrückt zu lassen; so muß diese gesetzliche Bestimmung wenigstens in soweit noch jetzt befolgt werden, als es theils die Berücksichtigung der Rechte der andern Partei erheischt (ne liceat eo modo duriorem adversarii conditionem facere [11]) theils aber der für jene Praxis angeführte,

---

[8]) *Berger*, Oec. Jur. III, 5. §. 5. Nota 22. *Leyser*, Spec. 518. *Hellfeld*, Jurisprud. for. §. 1899. Thibaut, Syst. §. 77, vergl. auch von Gönner, Entwurf eines Gesetzb. über das gerichtl. Verf. II. Seite 229.

[9]) Hufeland, Lehrbuch des Civil-R. §. 1786. Martin, Civilproc §. 89.

[10]) Die Strafe scheint in der L. 4. C. cit tit. nur auf die Veräußerung des Streitgegenstandes gesetzt, in Ansehung der Uebertragung rechthängiger Klagen jedoch es bei dem vitio litigiosi, welches nur Ungültigkeit des Vertrages bewirkte, gelassen zu seyn. Siehe Mühlenbruch, a. a. O. Seite 355.

[11]) L. 3. D. de litigiosis. (XLIV, 6.)

Grund erlaubt, daß nemlich wegen der jetzigen längern Dauer der Prozesse das römische Verbot den öffentlichen Verkehr zu sehr behindern würde. Nur die Veräußerung an sich muß hiernach für erlaubt, nicht aber zugleich angenommen werden, daß einer Partei wider ihren Willen ein andrer Gegner aufgedrungen werden könne.

Nach der Natur der Sache sollte die Litigiosität bloß auf den Gegenstand des Rechtsstreits, so wie die Rechtshängigkeit ansich auf die Zuständigkeit des Richters bezogen werden; allein der Grund solcher Bestimmung, ne liceat conditionem adversarii duriorem facere, paßt wie auf den Gegenstand der Klage, so auch auf das Klagrecht, und die Gleichheit unter den streitenden Theilen erheischt, beider Parteien Rechte unverändert aufrecht zu erhalten. Galt also das Verbot des ältern Rechts bloß von dem Streitgegenstande, der res de qua controversia est [12]); so hat das neuere Recht dasselbe ausdrücklich auf die eingeführte Klage mit erstreckt, und das Gesetz Kaisers Constantin, welches L. 2. C. de litigiosis (VIII, 37.) enthält, dem gemäß durch Zusätze verändert, wie eine Vergleichung desselben mit dem Urtexte ersehen läßt [13]).

---

[12]) Tit. D. de litigiosis (XLIV, 6.) L. un. C. Theodos. eod. tit. IV, 5.)

[13]) L. un. C. Theod. cit. „Lite pendente illud, quod in controversiam devocatur, —, minime transferri oportet, tanquam nil factum sit lite nihilominus peragenda.“, L. 2. C. de litigiosis (VIII, 37.). „Lite pendente

4. Die Verordnung Justinians in L. 4. C. cit. tit. hat dadurch, daß sie, neben näherer Bestimmung der Wirkungen einer solchen gesetzwidrigen Veräußerung, zugleich mehrere Ausnahmen nachläßt, die Meinung begründet, daß immer irgend eine Ausnahme wenigstens analogisch vorgewendet werden könne, und hiermit die Regel selbst der Anwendung enthoben worden sey. Auch findet *Leyser*, Spec. 518 in L. 4. §. 1. D. de alienatione judicii mutandi caussa facta (IV, 7.) einen Grund, um jenes Verbot umgehen zu können. Eine nähere Prüfung dieser Gesetzstellen ergiebt jedoch, daß ihnen ein solcher Sinn nicht beigelegt werden kann. Denn das Verbot einer alienatio judicii mutandi causa ist von dem einer Veräußerung der litigiosen Sache oder Klage wol zu unterscheiden; indem jenes die Veräußerung in Hinsicht auf einen bevorstehenden, noch aber nicht angefangenen Rechtsstreit, hingegen dieses die Wirkung der Rechtshängigkeit in Beziehung auf Aufrechthaltung des bei der Einführung der Klage bestandenen Sachverhältnisses betrifft. Das erste soll vorzüglich der Verrückung der Zuständigkeit des Gerichts vorbeugen, wovon bei diesem nicht die Rede ist und seyn kann [14]). Es ist übrigens diese ganze Gesetzgebung, über die Veräußerung judicii mutandi causa,

---

actiones, quae in judicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis intendit, —." S. Mühlenbruch, a. a. D. §. 29. und 31.

[14]) L. 8. §. 1. D. de alienatione jud. mut. (IV, 7.) „Ait

auch für die vorliegende Untersuchung sehr erheblich. Denn wenn dem Grundsatze: ne cujus deterior causa fiat ex alieno facto, eine solche Ausdehnung gegeben wird, daß eine Veräußerung, welche in böslicher Absicht die Rechtsverfolgung zu erschweren vorgenommen ist, demjenigen, dem daraus ein Nachtheil erwächst, einen Anspruch auf Schadloshaltung giebt [15]); so bedarf es nicht der Zulassung der Eideszuschiebung an den Cedenten, um den Schuldner auf solche, wider die Natur des, in der Ableistung eines zugeschobenen Eides liegenden Transacts anstoßende Weise, gegen die Gefahr zu sichern, in dem Cessionar einen Gegner zu erhalten, welcher den Eid leichter annehmen werde, als es der Cedent gethan haben möchte. Das Gesetz hat auf diesem Wege solcher Arglist vorgebeugt, und Hülfsmittel dawider ertheilt.

Justinian gestattet die Veräußerung einer rechtshängigen Sache oder Klage, in L. 4. in fine C. de litigiosis (VIII, 37.), nur in gewissen Fällen: „exceptis videlicet hujus sanctionis dispositione his, qui vel dotis nomine, vel ante nuptias donationis, vel transactionis, aut divisionis rerum hereditariarium factae, vel per legati, vel fideicommissi causam tales res, vel actiones dederint.“ Wo nun

---

Praetor: quaeve alienatio judicii mutandi causa facta erit; id est, si *futuri judicii causa*, non ejus, quod jam fit.“

[15]) L. 1. D. de alienatione judicii mut. (IV, 7.) et tot. tit. Thibaut, System. §. 1129.

die Veräußerung nicht aus einem solchen Grunde hervorgegangen ist, unterliegt sie der Verordnung des Gesetzes, und offenbar umfassen die gemachten Ausnahmen die mehrsten Arten der Uebertragung der Rechte und Sachen unter Lebenden keinesweges; zumal sie ihrer Natur zufolge einer strengen Deutung unterliegen, und als Abweichungen von der Regel analogische Anwendungen ausschließen [16]).

5. Folgender Rechtsstreit gab dem Oberappellationsgerichte Veranlassung, die hier entwickelten Grundsätze in Anwendung zu bringen.

H. und B. hatten einen lehnbaren Zehnten erkauft, und gegen die Zehntpflichtigen, auf Abzehntung der im Brachfelde gebaueten Futterkräuter, gemeinschaftlich Klage erhoben. Im Laufe dieses Prozesses war den Beklagten der Beweis ihrer Einrede nachgelassen, daß sie die Freiheit von der Abzehntung der Futterkräuter durch unvordenkliche Verjährung erworben hätten, oder ein örtliches Herkommen sie davon befreie, und diesen Beweis hatten sie durch Zeugen, unter eventualer Eideszuschiebung angetreten. Nachdem die Zeugen verhört worden, ward der Beweis für gänzlich verfehlt erkannt und diese Entscheidung rechtskräftig. Worauf die Beklagten, in Gemäßheit der herzoglich Braunschweigschen Gesetzge-

---

[16]) Die für Erbtheilungen gemachte Ausnahme scheint freilich auch die Veräußerungen durch Aufhebung einer bestehenden Communion zu umfassen; zumal dergleichen in den Gesetzen begünstigt ist, und eine böse Absicht dabei nicht zu befürchten steht. Siehe Mühlenbruch, a. a. O. Seite 356.

bung [17]), binnen zehn Tagen nach beschrittener Rechtskraft den Haupteid über den Beweissatz den Klägern zuschoben. Bis hieher war der Rechtsstreit immer im Namen beider ursprünglichen Kläger geführt, die Vollmachten in den verschiedenen Instanzen sämtlich von ihnen beiden ausgestellt, und die Erkenntnisse und Bescheide ohne Ausnahme danach rubricirt worden. Jetzt aber kam auf die, an beide Kläger gerichtete Auflage zur Erklärung auf den zugeschobenen Eid, eine solche nur Namens des H. ein, worin derselbe den Eid annahm, und bemerkte, daß er einige Zeit zuvor den Antheil des bisherigen Mitklägers B. an dem Zehnten erkauft und zugleich dessen Klage mit übertragen erhalten habe.

Hiermit eröffnete sich ein besonderer Streit über die Frage: ob H. sich gefallen lassen müsse, den Ausfall des Rechtsstreits von einer Erklärung des B. über die Eideszuschiebung abhängig zu machen. H. führte dieserhalb aus, daß nur er jetzt Eigenthümer des Zehnten sey, B. mithin keine Verfügung über denselben zustehen könne; daß der Erwerb des Antheiles, den B. an dem Zehnten früher gehabt habe, von jeder Arglist frei sey; daß B. von den frühern Verhältnissen in Bezie-

---

17) Verordnung vom 17ten Mai 1757, §. 2. „Derjenige, welcher etwa schon während des Beweistermins den Beweis durch Zeugen angetreten, kann — wenn er, was ihm zu erweisen nachgelassen, zu Recht nicht erwiesen, dem Gegentheile annoch den Haupteid deferiren; jedoch muß er dieses — binnen 10 Tagen nach rechtskräftig gewordener Sentenz thun, —.“

hung auf die Zehntziehung nicht mehr Kenntniß habe, als er, H.; daß endlich B. einen der Zehntpflicht unterworfenen Kothhof besitze, und solchergestalt mit den Beklagten ein gemeinschaftliches Interesse habe, wogegen ihm, H., eine Klage auf Gewährleistung, nach den zwischen ihnen bestehenden Vereinbarungen, nicht Statt finden würde.

In erster und zweiter Instanz ward wider den Antrag der Beklagten gesprochen, und die Eideszuschiebung an B. verworfen. Die Richter gründeten sich vorzüglich in der Rechtsbeständigkeit der von B. vorgenommenen Uebertragung des Zehntrechts an H., und des letzten alleinigem Interesse und Befugniß über den Streitgegenstand zu verfügen. Besonders nahmen sie an, daß L. 4. §. 1. C. de litigiosis (VIII, 37.) die Veräußerung aufrecht erhalte.

Das Oberappellationsgericht hingegen war der entgegengesetzten Meinung, und entschied im Januar 1819 abändernd dahin: daß H. der von Beklagten gegen B. zur Hand genommenen Eideszuschiebung zu widersprechen nicht befugt sey, u. s. w. Die Entscheidungsgründe waren folgende. „Die Entscheidung beschränkt sich darauf: ob Appellant rechtlich befugt sey, dem zu widersprechen, daß die Beklagten außer ihm auch dem B. über das thema probandum einen Eid deferirt haben, und ob er statt dessen eintreten, und wider den Willen der Beklagten statt der von B. geforderten Erklärung auf den deferirten Eid die seinige substituiren kann? Dazu ist aber Apellat offenbar nicht befugt; denn es folgt dieses überhaupt nicht aus der Cession der Klagen, worauf er sei-

nen Widerspruch gründet, indem dadurch kein solches abänderndes Verhältniß rechtlich herbeigeführt, noch weniger aber der desfalsige Antrag des Appellaten durch die Lage der Sache gerechtfertigt wird. Der B. hat als Litisconsorte die Klage gegen die Beklagten mit erhoben, es ist darauf die Litiscontestation erfolgt, überdem auch schon früher in der Beweisinstanz dem B. der Eid eventualiter deferirt worden. Das jus quaesitum, welches die Beklagten hierdurch gegen B. erworben, die Relationen, welche hieraus unter den Parteien hervorgegangen sind, können durch Verträge mit dritten Personen nicht intervertirt werden. Es ist bekannten Rechtens, daß res inter alios acta weder einen directen noch indirecten Nachtheil für einen Dritten haben kann. Zu einem Nachtheile kann es aber den Beklagten gereichen, wenn ein Eid von einer dritten Person in Fällen dieser Art abgeleistet wird, wobei es auf individuelle Ueberzeugung und eigne Kenntniß der Sache ankommt. —«

Da H. gegen diesen Ausspruch die Supplication ergriff, so erfolgte im März 1819 ein abschläglicher Bescheid, dem nachstehende Gründe beigefügt waren.

»Die Entscheidung enthält keine Abweichung von den, durch die Rechtslehrer angenommenen Grundsätzen von der Eideszuschiebung. Vielmehr stellen dieselben, unter Anführung einer Menge von Erkenntnissen zum Beweise der bestehenden Praxis, die Regel auf, daß auch nach geschehener Abtretung eines Anspruchs, in einem mit dem Cessionar obschwebenden Rechtsstreite, der

Schuldner unter Umständen den Eid dem Cedenten zuschieben könne.

Diesen allgemeinen Grundsätzen tritt in vorliegender Sache noch hinzu, 1, daß die Eideszuschiebung hier nach der herzoglichen Verordnung vom 17ten Mai 1757 §. 2. und auf den Grund einer rechtskräftigen Entscheidung über den Zeugenbeweis geschehen ist, Beklagte mithin von Beziehungen, und gegen beide ursprüngliche Kläger als Litisconsorten durch solche Rechtskraft erworbene, und damals vom Supplicanten zeitig nicht angefochtene, Rechte ausgegangen sind, welche gegenwärtig nicht verrückt, noch ihnen durch einseitige Verhandlungen unter den Klägern entzogen werden können; sodann 2) daß Supplicant, in Ansehung des von seinem Mitkläger erworbenen Rechts, als Cessionar und um so mehr als seines Cedenten Mandatar betrachtet werden muß, da er in dessen Stelle nach längst eingeführter Klage getreten ist, eine actio utilis mithin hier nicht anzunehmen steht; und unter diesen Umständen ebenfalls der Eid des Mandatars, zur Ausschließung des Eides des Mandanten, dem Beklagten nicht aufgenöthigt werden kann.

Das Anführen des Supplicanten, wegen seines Mitklägers gegenwärtig dem seinigen entgegenstehenden Interesses, ist unerheblich und ungegründet. Jenes, weil bei einer jeden Leistung eines Haupteides das Interesse des Schwörenden der Gewissenhaftigkeit desselben untergeordnet sich findet; dieses, weil B. aus der Entscheidung dieses Rechtsstreits überall keine Rechte in Hinsicht auf die Zehntpflicht seines Kothhofes abzuleiten vermag. Denn die Zehntpflicht ist eine Belästigung der

einzelnen Grundbesitzer, nicht aber der Gemeine als solcher, der vorliegende Rechtsstreit also nur für und wider diejenigen wirksam, welche denselben geführt und dafür Vollmacht ausgestellt haben rc.«

XXXIX.

Inwiefern findet die unter Eheleuten bestehende Pflicht, einander den erforderlichen Unterhalt zu gewähren, auch nach deren Scheidung, zumal wegen Ehebruches, Statt?

1. Die Verpflichtung der Ehegatten zur gegenseitigen Alimentation, geht aus dem, zwischen ihnen bestehenden Verhältnisse hervor, und muß als Folge desselben, mit seiner Dauer aufhören. Indem also die Scheidung der Ehe das durch sie geknüpfte Band auflöset, werden die bisherigen Gatten einander völlig fremd, und mit den übrigen, in Beziehung auf jene Verbindung eingetretenen und durch dieselben bedingten Obliegenheiten, wird auch die, des zu verabreichenden Unterhalts, soweit sie bloß in der Ehe ihren Grund hatte, hinwegfallen müssen.

In den mehrsten Scheidungsfällen kann dieses keinem Zweifel unterliegen; ein Andres tritt aber bei der Ehescheidung wegen Ehebruches ein, wegen des mit derselben für den schuldigen Theil verbundenen Vermögensverlustes. Wenn nemlich der andre Gatte dieses Vermögen behält, und der Schuldige gänzlich ohne Mittel bleibt, auch seinen Unterhalt sich zu erwerben außer Stand seyn sollte; so kann allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob hier der Staat, oder die Armencasse des Wohnorts helfen müsse, oder aber ob eine Klage auf den nöthigen Unterhalt gegen den geschiedenen Gatten dem schuldig erkannten Theile zugestanden werden könne?

Das römische Recht hatte keine Veranlassung über die in solchem Falle nöthigen Alimente besonders zu verordnen. Denn die neuere Gesetzgebung verbindet mit dem Verlust der dos oder donatio propter nuptias für den Mann die Strafe des Todes, für die Frau die der Einsperrung in ein Kloster [1]). Es kann mithin gegenwärtig die Frage nur nach allgemeinen Grundsätzen erwogen und entschieden werden.

Sa lange dem schuldigen Theile noch einiges Ver=

---

[1]) L. 8. §. 5. C. de repudiis (V, 17.) Nov. 117. c. 8. §. 2. Nov. 134. c. 10. verbunden mit L. 30. C. ad Legem Juliam de adulteriis (IX, 9.) Früher, nach den Bestimmungen der Lex Julia, bestand die Strafe in der relegatio in insulam, mit dem Verluste einer Quote des Vermögens, so daß dem Schuldigen der Rest verblieb. *Paulli* receptae Sententiae II. 26. §. 14.

mögen bleibt, ist eine Verpflichtung zum Unterhalte offenbar nicht vorhanden; trifft aber der Verlust das Ganze, so dürfte die Verabreichung desselben dem Andern, freilich nicht als ehemaligen Ehegatten, wohl aber als Inhaber des Vermögens obliegen. Das Vermögen eines Menschen ist nemlich zu seinem Unterhalt bestimmt, und die subsidiarischen Alimente, sofern sich Jemand nicht durch eigene Arbeit ernähren kann, müssen einer Schuld gleichgeachtet werden, womit das Vermögen behaftet ist. Sobald dieses Vermögen also im Ganzen auf einen Andern übertragen wird, muß angenommen werden, daß mit demselben die Verpflichtung zur Verabreichung eines subsidiarischen Unterhalts übergehe. Es entspricht dieses der muthmaßlichen Absicht des Gesetzgebers, indem nicht zu glauben ist, daß er, durch seine Bestimmung über die Wirkung einer Ehescheidung wegen Ehebruchs, einer Gemeine, oder selbst dem Staate eine Last habe aufbürden wollen [2]. Es entspricht ferner dem Grunde des Gesetzes, welcher bloß darauf gerichtet ist, daß die Ehescheidung dem unschuldigen Theile keinen Verlust bringen solle, keineswegs aber von einer Begünstigung desselben ausgeht. Und wirklich würde der unschuldige Ehegatte mehr erhalten, als er während der Ehe gehabt und bei deren Bestande zu gewärtigen hatte, wenn er ein Vermögen bekäme, ohne die Verbindlichkeit, den bisher davon erfolgenden Unterhalt des andern Theils in Zukunft wenigstens subsidiarisch bestreiten zu müssen.

---

[2]) *Leyser*, Sp. 579. med. 6 et cor. 2.

Es bezieht sich dieses übrigens bloß auf den nohdürftigsten Unterhalt, die alimenta naturalia, und schließet mithin den Verlust eines Altentheils oder der Leibzucht nicht aus, vielmehr ist diese, auch in der erwähnten Hinsicht, als eine vermöge der Ehe erworbene Zusicherung, oder ein Surrogat der zugebrachten Mitgift anzusehen, und also in den verlornen Vermögenstheilen mit einbegriffen. *).

2. Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht hat seine Meinung in nachstehendem Rechtsfalle ausgesprochen. Zwar ist die Entscheidung aus den Grundsätzen des französisch-westfälischen und des Bauernrechts abgeleitet, dennoch sind zugleich die des gemeinen Rechts mit in Erwägung gebracht worden.

Es hatte ein Landmann, dem seine Frau durch die Ehestiftung ein ansehnliches Bauerngut und ihr übriges Vermögen zugebracht gehabt, während der Dauer des Königreichs Westfalen gegen dieselbe auf Ehescheidung wegen Ehebruches Klage erhoben. Die damals ergangene Entscheidung ward wegen Formverletzung für nichtig erklärt, und ein neues Erkenntniß sprach, nach den Bestimmungen des Napoleonischen Rechts, mit der Ehescheidung, dem Kläger die Beibehaltung der ihm in der Ehestiftung zugebrachten Vortheile, besonders die lebenswierige Benutzung des Bauernguts ꝛc. zu [4]).

*) v. Bülow und Hagemann, pract. Erört. I, 52.

[4]) C. Nap. Artikel 299, 300 und 301. Diese Gesetzgebung unterscheidet sich von der römischen dadurch, daß sie den Ehebruch zwar besondern Strafen unterwirft. C. Nap. Art. 298 und C. pé-

Nach ausgesprochener Scheidung klagte die geschiedene Ehefrau auf Verabreichung der nothdürftigen Alimente, und berief sich deßhalb auf ihre jetzige vollständige Hülflosigkeit und einen gerichtlichen Bescheid, wodurch ihr während des Scheidungsprocesses Alimente von ihrem geschiedenen Ehemann zugebilligt waren. Das herzogliche Landesgericht verwarf diesen Anspruch: „Da Implorat seiner geschiedenen Ehefrau seit der, in dem Erkenntnisse vom — ausgesprochenen Trennung der Ehe die während derselben zu prästirenden Alimente ferner zu verabreichen nicht verbunden, ihm auch solches in der Rücksicht nicht aufgebürdet werden kann, weil ihm die Nutzungen ihres (der Implorantin) Dotalguts zugesichert sind, indem Implorantin den Verlust dieser Nutzungen als Strafe des Ehebruches erleidet.“ Das Oberappellationsgericht hingegen erkannte, auf dagegen ergriffene Appellation, abändernd dahin: „daß Appellantin mit ihrem Antrage nicht unbedingt abzuweisen, vielmehr Appellat derselben, falls sie andrergestalt sich zu ernähren nicht vermag, die alimenta naturalia zu prästiren schuldig ist, die Appellantin jedoch ihren deßfalsigen Nothstand bei dem Rich-

---

nal art. 339, übrigens aber für alle Scheidungen, mit Ausnahme derjenigen, welche in wechselseitiger Einwilligung sich gründet, den Grundsatz ausspricht, daß der schuldige Theil alle aus der Eheverbindung ihm erwachsene Vortheile verlieren, der unschuldige hingegen sie sämtlich behalten müsse. Von einem Verluste der Mitgift, oder des Antheils an der Gütergemeinschaft ist dabei nicht die Rede, vielmehr nur von den Nießbrauchsrechten des andern Theils an solche. Zachariä, Handbuch des franz. Civilr. §. 418. (III, 148. etc.)

ter erster Instanz auszuführen, und sodann die deßfalsige Bestimmung der Alimente, noch den Kräften des fundi dotalis, zu gewärtigen hiermit angewiesen wird.“

Die Gründe dieser Entscheidung waren folgende: „Wenn gleich der Antrag der Appellantin in der vorigen Instanz dahin keinen Eingang finden konnte, daß ihr auch nach getrennter Ehe diejenigen Alimente fortdauernd zuerkannt werden möchten, welche ihr pendente lite ausgesetzt gewesen sind, und daß ihr ein Vorschuß zu den Proceßkosten bewilligt werde, indem die deßfalsige interimistische Verordnung nur auf die Dauer des Ehescheidungsprocesses rechtlich beschränkt ist; so konnte doch die Appellantin nicht unbedingt damit abgewiesen werden. Der Codex Napoleon hat die Frage unentschieden gelassen: ob die schuldig befundene Ehefrau, nach erfolgter Trennung der Ehe, von dem Dotalgute die alimenta naturalia zu fordern berechtigt, falls sie sich zu ernähren nicht vermögend ist? Denn der Art. 301 des C. N. kann zu keinem Beweise durch Induction dahin führen, diese Frage zu verneinen. Er enthält nur eine Begünstigung für den unschuldigen Theil, —. Unstreitig liegt aber auch dem schuldlosen Ehegatten zunächst die natürliche Verbindlichkeit ob, selbst dem schuldigen Theile, wenn dieser sich nicht ernähren kann, von den Aufkünften des Dotalguts, welches diese Eigenschaft behält, die alimenta naturalia zu verabreichen, indem die natürliche Verbindlichkeit nur von ihrer Wirkung so viel verliert, als das positive Recht derselben namentlich entzogen hat, mithin die Effecte, welche in den Gesetzen nicht ausdrücklich aufgehoben sind, bestehen bleiben.

Der C. N. hat aber auch ein mehreres nicht verordnet, als daß der Ehemann die ihm im Ehevertrage ausbedungenen Vortheile behalten soll, und dadurch ist die obgedachte subsidiarische Verpflichtung nicht ausgeschlossen. Die Verbindlichkeit also, welche in dem Dotalverhältnisse ihren Grund hat, ist in dem vorausgesetzten Fälle nicht völlig für erloschen zu halten, wenn gleich selbst nach getrennter Ehe alle Verpflichtungen der Ehegatten in solcher Beziehung aufhören.

Ueberdem beruhet es auf deutscher Sitte, daß die nothdürftigen Alimente aus dem Colonate auch in Rücksicht der dem Hofe durch dessen Bewirthschaftung geleisteten Dienste, also als eine Renumeration betrachtet werden, welcher Grund durch die Trennung der Ehe nicht unbedingt wegfällt. Besonders aber ist darauf Rücksicht zu nehmen, daß bei dem eintretenden Nothstande der geschiedenen Ehefrau, deren Vermögen der schuldlose Ehegatte nach getrennter Ehe benutzt, dieser eine nähere Verpflichtung zur Alimentation seiner von ihm geschiedenen Ehegattin hat, als der Staat. —“

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bülow, Gottfried Philipp von, 1770-1850

Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts

Bd.: 2,2

Braunschweig 1819
J.rom.m. 75 k-2,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566527-6